ARCHIVES DE PHILOSOPHIE

VOLUME XII



ARCHIVES DE PHILOSOPHIE

VOLUME XII



GABRIEL BEAUCHESNE ET SES FILS
ÉDITEURS A PARIS, RUE DE RENNES, 117

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE

VOLUME XII

CAHIER I

G. JARLOT, A. DESQUEYRAT, A. DELCHARD,
Y. de la BRIÈRE, J. LUCIEN-BRUN

ÉTUDES
DE MORALE ET DE DROIT



GABRIEL BEAUCHESNE ET SES FILS
ÉDITEURS A PARIS, RUE DE RENNES, 117
MCMXXXVI

PERSONNE ET HUMANITÉ

DEUX SOURCES?

INTRODUCTION

Tout est dit, depuis quatre années bientôt que parurent les *Deux Sources*, et qu'on en parle. Aussi bien, qu'ajouter? Louanges et réserves, les premières parfois exubérantes et celles-ci non dépourvues de sévérité, chacun bien convaincu d'avoir quelque chose à dire, de neuf, d'utile, d'important : on s'abattit sur Bergson. Il arriva même que des jugements plus nuancés, ou plus discrets, fûssent exprimés.

Nous arrivons bon dernier. Et nous n'osons affirmer que les pages qui suivent soient neuves, ou utiles, ou importantes. A tout le moins, ne sont-elles pas un jugement. Elles s'en défendent. Outrecuidance et prétention, ou naïveté, étant un inconnu, d'aller juger l'œuvre d'un personnage consulaire qui a parcouru telle carrière et construit tels édifices.

Que prétendons-nous? Refaire le travail, mais sur un autre plan. Thème d'imitation, si l'on veut. Il nous a semblé que Bergson s'était placé au cœur du problème qui depuis toujours nous poursuit : rattacher l'une à l'autre vie sociale et morale individuelle, et l'une et l'autre à une philosophie de la vie. Ou encore, fonder en morale les rapports sociaux, et justifier en métaphysique tout court, la métaphysique de l'action humaine. Métaphysique : le mot, sans doute, agrée mal au philosophe des « données immédiates ». Qu'il nous pardonne : la chose y est, moins le nom. Une explication totale de la vie humaine. Que voulons-nous autre chose?

Nous avons donc résumé en quelques pages la pensée du vieux maître, nous efforçant au surplus, dussions-nous parfois changer de clavier, d'être fidèle d'abord au rythme original.

Pression et aspiration, tout de l'obligation et moralité totale, dynamique sociale et élan vital, vie en quoi tout s'explique : de notre mieux nous avons isolé, puis retenu le thème fondamental, pour le transposer dans notre philosophie à nous, à l'école du Docteur Commun. Ces problèmes qui étaient posés, nous avons demandé au thomisme de les résoudre. Quel thomisme? Celui, pensons-nous, de saint Thomas, tel que lui-même s'exprima, tel encore qu'il s'exprimerait, s'il avait à trancher, avec la philosophie qui est sienne, les questions qui sont nôtres. Plus encore que de ne point trahir Bergson en le traduisant, nous avons été soucieux, nous en avons conscience, d'être fidèle à saint Thomas, l'écoutant et le redisant.

Y sommes-nous parvenu? Lecteur bénévole, vous nous le direz. Il nous a semblé, à tout le moins, que le finalisme thomiste permettait de pousser plus loin que le vitalisme bergsonien. Ici pression et aspiration sont deux aspects complémentaires d'une même nécessité vitale; et là, pression et aspiration sont intérieures l'une à l'autre. Tout de l'obligation et moralité totale, sont venus, en vitalisme, de pôles opposés; et en finalisme, l'un est raison de l'autre. Obligation, qui est pression sociale et n'est pas moralité : l'homme est agi; moralité qui est évasion, et pour une part soustrait l'homme aux exigences de la société : il est parti en avant, mais seul. Si bien que pour être sociaux, et sujets d'obligation, nous cesserions d'être nous-mêmes; et pour être nous-mêmes, devrions nous arracher à la société, et à ses contraintes. Deux morales : l'une qu'on subit, l'autre qu'on agit; deux formes d'humanité, soit parmi les hommes, soit en chacun de nous : celle qui est moralisée par ce qu'elle pâtit, soumise aux règles, — et nos heures de sainteté, en avant de la règle et des lois.

Voilà ce que nous avons redouté. Non qu'à Bergson nous adressions ce reproche. Mais nous avons cru que le finalisme thomiste nous en protégeait. Que dans l' « appétit naturel de béatitude », nécessaire en chacun de nous, il y avait cet élan vital qui commande à tous les hommes, sans exception, et du dedans, d'être saints. Et que cette nécessité de la Fin dernière contenait le tout de l'obligation : « il faut parce qu'il faut. » Car ce qu'il faut, c'est cette fin, qui est béatitude et couronnement de sainteté. Nous avons cru aussi que loin de

paralyser notre élan, la vie sociale, par quoi s'exprime l'humanité, le soutenait et le portait. Car notre moralité d'aujourd'hui s'inscrit dans un degré acquis de moralité sociale, expérience commune de l'humanité, manuduction pour l'homme. Et les règles sociales, et les coutumes et les préceptes, expriment à l'usage des individus, ce que l'humanité d'aujourd'hui a découvert déjà, de la loi de sa propre nature. Tout de même que chacun de nous, affinant sa propre perfection, soulève l'humanité, et plus fidèle aux inspirations de vertu, discerne et découvre ce que la loi de notre nature tient encore de caché.

De telle sorte que, s'achevant en finalisme le vitalisme soit vrai. Finalisme qui n'oppose plus le devenir à l'être, mais explique par l'être, le mouvement; qui suppose par conséquent, dans les êtres mobiles, composition réelle d'acte et de puissance; finalisme qui justifie à la fois la puissance et l'acte, le devenir et l'être, si au sommet, il a placé l'Acte Pur, et dans tous les êtres composés de puissance et d'acte, l'amour de l'acte : appétit fondamental et souverain du fini vers l'infini, de l'imparfait vers le Parfait, des êtres vers le tout de l'Être.

PREMIÈRE PARTIE

LES DEUX SOURCES

CHAPITRE I

STATIQUE SOCIALE

1. L'homme « animal social ».

« Autre chose est un organisme soumis à des lois nécessaires, autre chose une société constituée par des volontés libres. Mais du moment que ces volontés sont organisées, elles imitent un organisme; et dans cet organisme plus ou moins artificiel, l'habitude joue le même rôle que la nécessité dans les lois de la nature. »

De ce chef, il existe, à l'intérieur de la société, une contrainte sur les éléments qui la constituent, et qui en assure la cohésion. Contrainte qui n'est pas nécessité d'une loi physique, puisque chaque individu reste libre de s'y soustraire, mais qui pèse sur ces mêmes libertés et les assujettit à des règles fixes. Comme il y a des lois naturelles qui définissent des nécessités physiques, il y a des lois sociales qui posent des contraintes sur les volontés libres. La statique sociale devient constitutive d'obligation. Et de l'une à l'autre les échanges sont réciproques : « la loi prend au commandement ce qu'il a d'impérieux; le commandement reçoit de la loi ce qu'elle a d'inéluctable : une infraction à l'ordre social prend ainsi un caractère antinaturel ».

Que si, par le jeu des récompenses promises et des peines intimées, la religion vient confirmer ces dispositions, troublées parfois par les initiatives individuelles; si la pensée religieuse vient au secours de la société laïque, incapable, à elle seule, de rétablir complètement l'ordre social violé ou même

de le suffisamment protéger, « tout concourt à faire de l'ordre social une imitation de l'ordre observé dans les choses ». La société, avec sa transcendance sur l'individu, est donnée première. Elle est d'ordre strictement naturel. L'homme est animal social.

2. L'individu et la Société.

Ainsi l'obligation se présente à nous comme un lien, et — anticipons un peu — comme une pression. Lien qui sans doute rattache les hommes entre eux, mais qui ne peut avoir cet effet que parce que d'abord il a rattaché cet homme à lui-même, le rattachant à la société : « en général, le verdict de la conscience est celui que rendrait le moi social ».

Car c'est la société qui trace à l'individu le plan de son existence quotidienne. « En temps ordinaire », nous ne discutons pas cette pression sociale. Moins encore songeons-nous à la justifier. Cet effort d'inhibition, puis d'acceptation critique, sera postérieur. Il supposera une mise en jugement, par l'intelligence, de ce qu'exécutait spontanément l'habitude ou l'instinct. « Nous nous conformons à nos obligations plutôt que nous ne pensons à elles. Et nous n'avons le plus souvent qu'à nous laisser aller pour donner à la société ce qu'elle attend de nous. » Il est vrai que ce laisser-aller, ce don irréfléchi de soi contient un consentement virtuel. Nous ne sommes ni automates, ni instinct. Mais il suffit que nous n'ayons plus à nous consulter pour chacun de nos devoirs, que nous ayons renoncé en pratique à les mettre en discussion, pour que nous puissions ériger en maxime que « l'obéissance au devoir est une résistance à soi-même ».

3. L'obligation.

D'où il suit que l'obligation ne se résout pas en éléments rationnels. *Après coup*, critiquant mon acte, et ma soumission volontaire, je lui trouverai des motifs rationnels. Je découvrirai que ces motifs étaient antérieurs à ma soumission même. Que précisément ils sont les *raisons*, implicites ou explicites, conscientes ou virtuelles, qui ont rattaché ma sou-

mission à cette pression, et fait de cette obéissance mon acte. Être raisonnable, je ne puis agir que rationnellement. Mais enfin, si loin que soit poussée l'analyse, elle me livrera des motifs, rattachements rationnels à une pression sociale, non point cette pression même. « Parce que la raison intervient comme régulatrice, chez un être raisonnable, pour assurer la cohérence logique entre des maximes obligatoires, la philosophie a pu voir en elle un principe d'obligation. Autant vaudrait croire que c'est le volant qui fait tourner la machine ». Tant pis pour Kant!

Et du point de vue de la société, l'obligation est encore méta-rationnelle. Les coutumes et les exigences diverses par lesquelles la société pèse sur nous, s'intègrent les unes dans les autres et s'enchaînent logiquement. Mais cette logique n'est pas cette pression. Elle lui est postérieure et la suppose, étant seulement classification et économie d'efforts. Originairement, l'obligation est la pesée sur la volonté, d'une habitude sociale.

L'impératif catégorique n'est pas rationnel. « Il faut parce qu'il faut. » Il tend à faire le vide dans le champ de conscience ; à en concentrer tout le poids dans une direction unique; monoidéisme partiellement réalisé; oblitération temporaire des intérêts égoïstes, par un *jubeo* transcendant. A l'état pur, l'obligation prendrait un caractère somnambulique ou quasi instinctif. Elle est donc antérieure à l'intelligence. Et celle-ci n'est qu'un produit tardif de la Division du Travail. Adaptation parcellaire de l'esprit au morcelage des tâches, pour l'utilisation sociale des activités individuelles, progressivement différenciées. Or, précisément parce qu'elle impose du dedans, à l'activité créatrice de l'intelligence une règle, et à la liberté, une nécessité, l'obligation est prérationnelle. Sa fonction est d'assurer, à travers les initiatives de l'individu, et par elles, la cohésion du groupe. Elle est à l'homme intelligent ce que l'instinct est à l'animal. Elle est *vox naturae*.

4. La société close.

Qu'il soit bien entendu, toutefois, que si notre nature s'impose à nous, c'est par l'intermédiaire de la société. Et celle-ci

n'est pas l'humanité, mais *notre* milieu social. Et cette considération est d'importance. Pression du groupe sur l'individu qui lui appartient, défense vitale contre les initiatives dissolvantes, parce qu'individualistes, étant égoïsmes de l'intelligence : tout cela est acquis. Il est acquis pareillement, que les groupes sociaux sont multiples et divers. Que chacun impose à tout le moins sa forme de moralité, et sa coutume, à défaut de droit. Mais, concentriques ou interférés, d'extension plus ou moins large et de volume plus ou moins considérable, chacun de ces groupes est nécessairement fermé. Achevé sur lui-même. Aussi bien, du « social » au simplement « humain », pas de transition possible. Qu'on passe de la famille à la profession; de la profession à la cité, de la cité à la Nation, de la Nation à l'État. Mais qu'on s'en tienne là. Il y a une enceinte. Voire une muraille. « Entre la société où nous vivons et la société en général, il y a la même différence qu'entre le clos et l'ouvert. » On aime : directement ses concitoyens; et indirectement, en Dieu, tous les hommes.

La raison en est qu'un groupe social ne s'affirme qu'en s'opposant. Car il se doit discerner. Si la pression sociale sur les membres est effort de cohésion interne, il faudra en même temps résister à tout effort de diffluence, et d'écoulement dans « l'autre ». Rappelons-nous la république platonicienne, et la formidable « douane culturelle » dont se hérissaient ses frontières. Si un milieu social est culture, forme de pensée et de civilisation, il ne peut continuer à être lui-même qu'en se protégeant de tout apport non assimilable. Il lui faut s'affirmer comme unité, et replier sur soi, voire par la contrainte, tout mouvement divergent. Le « milieu social » : famille, profession, classe, nation, est climat spirituel. C'est pourquoi il est fermé, autarchique. Ainsi, pression sur chaque membre, ou douane morale à la frontière, c'est tout un : c'est la société, affirmant son existence.

CHAPITRE II

AUX FONTAINES DES SAINTS

1. L'appel du héros.

A l'autre extrémité nous trouvons, non plus l'impératif catégorique à l'état pur, forme d'obligation dépouillée de toute matière, mais au contraire la moralité intégrale, avec un maximum de contenu intérieur. Faut-il donc admettre deux morales qui s'opposent : l'une, impersonnelle et universelle comme la loi; l'autre, qui s'incarne en une personnalité privilégiée, vivant exemple à imiter. D'une part une prescription, de l'autre un modèle. L'obligation était pression sociale; la moralité est appel de l'exemple?

Ou bien, pour employer un langage plus familier, notre devoir peut revêtir deux aspects. Ou il s'agit d'un commandement, et il est formulé en précepte. Celui-ci, comme la loi physique, dont il imite la structure, est abstrait, étant posé dans l'absolu et en soi. Il est universel, donc impersonnel. Grammaticalement, il prend la forme infinitive : « il faut faire l'aumône aux miséreux ». Règles positives, lois humaines ou commandements de Dieu, toujours il s'exprimera de la même façon. Il est impératif absolu.

Ou bien il s'agit d'un don de soi. Car les sources des saints sont ailleurs. Il n'est plus question d'une contrainte à subir passivement. L'obéissance même, ici, est tout autre. Le saint est mû par un amour extatique qui le fait se dépasser constamment pour atteindre, en avant de ce qu'il est, un idéal qu'il se donne. Et cet idéal serait encore une abstraction, s'il n'était qu'une formule de vie, si belle soit-elle, mais conçue. Or, puissamment aimé, il ne tire sa force que de l'amour dont il est enveloppé. Il a donc reçu comme un rejaillissement d'un amour qui, portant plus haut que lui, s'adressait à une personne. La moralité du saint, si concrète, si totale et si vivante, est élan vers un idéal, parce qu'elle est imitation amoureuse de l'exemple donné par quelqu'un.

2. Morale humaine.

« Cette nouvelle morale diffère de la première en ce qu'elle est humaine au lieu d'être simplement sociale ». Et de l'une à l'autre la différence n'est pas de degré, mais de nature. Pour qu'il y eût statique sociale, il fallait que s'exerçât la pression d'une société close, repliée sur elle-même. On a fait ici bien autre chose qu'élargir à l'infini l'horizon. Les nouveaux devoirs qui nous sont offerts diffèrent essentiellement des premiers. Ceux-ci s'enveloppaient dans un impératif catégorique : « il faut ». Et les autres se proposent comme un conseil : « si vis ».

Voie des préceptes, voie des conseils. Nous sommes bien entrés dans un champ nouveau. Car si tout homme est tenu de faire son salut, la voie de perfection n'est offerte qu'à quelques-uns, qui l'embrasseront, s'il leur plaît, non pour elle-même, mais dans leur désir d'imiter et de suivre de plus près le modèle qu'ils ont appris à mieux connaître et mieux aimer.

3. L'âme ouverte.

Sans doute, le saint fait corps avec l'humanité, et le sait. Elle et lui sont absorbés dans une même tâche de conservation humaine, individuelle et sociale. Qu'il ait ou non conscience de devancer son siècle, il sait que son effort de perfectionnement personnel profite à l'humanité tout entière, et que tout progrès de sa part fait avancer la race. Toutefois, ce n'est pas directement par amour de l'humanité comme telle, ni par soumission à la loi de l'humanité en tant que telle, qu'il se dépasse et progresse, Il aime Dieu pour lui-même, et les hommes en Dieu.

Bien autre était l'attitude de l'âme close, en son groupe fermé. « A la limite inférieure d'activité instinctive, la cellule s'intègre parfaitement dans l'organisme : l'individuel et le social coïncident, l'un et l'autre clos sur eux-mêmes. » Dürkheim nous avait habitués à ces conceptions. Dans une société primitive, supposée antérieure à la Division du Travail, l'individu se rattache directement à la société sans intermédiaire aucun.

La similitude des consciences est parfaite. L'individu se perd au milieu de ses semblables, au sein d'un même type collectif.

Et, pouvons-nous continuer, toujours, à tous degrés de civilisation, la morale sociale rattachera directement le sujet au groupe. Deutschtum, fascisme, piatiletka : il s'agit encore de la subordination directe du participant à une forme de culture déterminée, et close : à une nationalité. Nationalisme veut dire cela. Et si toutes les formes de nationalisme pèsent si lourdement sur leurs ressortissants respectifs, c'est qu'elles sont en effet ligature serrée, impératif catégorique irrésistible. Nationaliste et nationalisme se posent en s'opposant, parce qu'il est de leur essence de c ore le monde sur soi. En hébreu comme dans la société totémique, « pur » veut dire « séparé ». Et le totem pose des tabous.

L'âme ouverte, au contraire, n'est pas définie par un objet. Elle ne dilate pas le sujet de la société à l'humanité. Sa charité est amour pur. Pas davantage elle n'est impératif catégorique, encore qu'elle oblige. Bien loin d'être pesée venue du dehors et contrainte, cette charité est élan intérieur. Impérieuse, elle n'impose que du consenti.

4. Émotion et propulsion.

« Qu'une émotion neuve soit à l'origine des grandes orientations de l'art, de la science et de la civilisation, il n'en faut pas douter ». Toute émotion est ébranlement affectif de l'âme; mais celle-ci est soulèvement, venu des profondeurs. Invention dit création : « perpétuel jaillissement d'imprévisibles forces »; mais création dit émotion : concentration de soi, effort, et longue patience.

Et faisant une large part à l'émotion dans la genèse de la morale, nous ne faisons pas une « morale du sentiment », car il s'agit d'une émotion capable de cristalliser en doctrine. Qu'on veuille bien, en effet réfléchir à ceci : Jamais spéculation, si rigoureuse et contraignante soit-elle, ne constituera un devoir. Ni la doctrine, à l'état de pure représentation intellectuelle, ne fera accepter et pratiquer une morale; ni la morale présentée comme un système de règles de conduite.

ne rendra intellectuellement préférable, la doctrine. De l'une à l'autre, il faut une synthèse. Et c'est l'émotion qui rend obligatoire la doctrine.

5. La libération.

Le saint est un conquérant. « Ils ont brisé la résistance de la nature et élevé l'humanité à des destinées nouvelles ». Conquérant parce que délivré. Bien-être, plaisirs, richesses, sont pour lui bagages encombrants. Libéré des entraves mortes de son individualité, personne emportée par son élan vital, il sympathise avec les autres personnes, et la nature même. Dépassant l'amour, la charité rompt les barrières, force des voies nouvelles, et devient héroïsme. Le héros part, entraînant à sa suite les volontaires. Quelques-uns suivent.

Rien de commun avec le surhomme de Nietzche, ou l'enfant prodigue Gidien. Conduit par Zarathoustra, le surhomme hait le vulgaire, et ses rites, et ses traditions et ses codes. Quant à l'enfant prodigue, il s'est évadé, mais dans l'amoralisme. Par narcissisme : amour de soi, de son individualité, de sa liberté. Ce qu'il veut, c'est expérimenter, voir, secouer des chaînes, fuir la maison paternelle. Mais justement, pour n'avoir plus de règles, et ne suivre plus que sa propre fantaisie, multiforme et folâtre, « aux fontaines du désir. »

Le saint sait ce qu'il veut. Et son départ, car lui aussi est parti, n'est pas égoïsme, mais don de soi. Renoncement à ce qu'on est, pour s'élancer vers un exemple, pour se donner à un modèle vivant. Cela n'est pas s'affranchir, mais s'enchaîner spontanément en des liens plus étroits. Et donc se libérer. Bien au delà de l'impératif catégorique, le saint, spontanément, s'est chargé d'une morale infiniment plus complexe et plus riche, dont il a fait sa loi. Non plus contrainte qui pèserait du dehors, et qu'on pourrait d'un soubresaut secouer ; mais exigeance intérieure, issue d'un amour, contre laquelle aucune tentation jamais ne surgira. Vérité qui délivre, si chaque fois, c'est moi qui m'enchaîne, et si j'aime mon lien de tout l'amour qui me porte vers mon modèle.

Mais n'est-il pas déserteur ? S'il part en avant, seul, à la conquête de son idéal, ne va-t-il pas s'enfermer dans son ana-

chorétisme ? La vie parfaite requiert le cloître. Et supposé qu'il en soit ainsi, les ponts sont-ils coupés? Entre morale close et morale ouverte, entre la société qui se défend — morale statique — et l'individu qui se conquiert — morale dynamique — n'est-il aucune collaboration? Ou bien l'attitude défensive de la société, qui protège ses acquêts, ne sera-t-elle pas point d'appui pour le saint qui, à la poursuite de son idéal, gagne son âme et gagne le monde? Morale sociale : base et condition *sine qua non* de la perfection individuelle. Et pareillement la morale dynamique du saint, cette marche à l'étoile, ne sera-t-elle d'aucun secours à la société? Ou au contraire, chaque pas en avant du saint, n'entraine-t-il pas après lui toute la machine? Chacune de ses conquêtes n'est-elle pas versée à la masse commune, pour servir précisément d'appui, en vue de nouveaux départs? Évolution créatrice. La société, qui est par essence défensive, progresse. Et si elle progresse, sa marche en avant sera l'œuvre des saints, éperdus à la poursuite de leur étoile personnelle.

CHAPITRE III

MORALE CLOSE ET MORALE OUVERTE

1. La marche en avant.

« Bref, pour résumer tout ce qui précède, nous dirons que la nature, déposant l'espèce humaine le long du cours de l'évolution, l'a voulue sociale, comme elle a voulu les sociétés de fourmis et d'abeilles; mais puisque l'intelligence était là, le maintien de la vie sociale devait être confié à un mécanisme quasi intelligent : intelligent, en ce que chaque pièce pouvait en être remodelée par l'intelligence humaine; instinctif cependant, en ce que l'homme ne pouvait pas, sans cesser d'être un homme, rejeter l'ensemble des pièces et ne plus accepter un mécanisme conservateur. »

Toujours en effet l'espèce, pour assurer à la fois sa perpétuité et son perfectionnement, prend ses garanties contre les initiatives de ses membres, en les utilisant à son mieux. Mais

tandis que la force de cohésion est chez les abeilles, instinct, aveugle et fatal, le rameau qui se termine à l'homme, au contraire, fleurit en intelligence. Autonomie et spontanéité. Ce qui ne va pas sans danger. Car l'intelligence est de soi égoïste, orientée aux besoins du sujet. La solution sera d'utiliser ces mêmes égoïsmes aux fins de l'espèce. Cette nécessité que l'instinct subissait sans la troubler, l'intelligence la va, par sa lumière, découvrir, et formuler en lois sociales. Coutumes, cadres juridiques, institutions, sont évidemment progressifs. Mais ils ne font que reconstituer pièce à pièce, en termes de discours, les exigences de la nature humaine.

Seulement, prolongeant la solidarité sociale en fraternité humaine, l'intelligence a trompé la nature. Par delà les sociétés closes, hostiles les unes aux autres par instinct de conservation, l'homme tend à l'humanité. Quelques génies, particulièrement doués, ont forcé les barrières. Le passage est ouvert. Leur exemple en a entraîné quelques autres. La société, dilatant ses frontières, a dû s'élargir.

Et voici que se pose à nouveau le problème. Il n'y a plus deux espèces d'humanité, distinctes et opposées : ici la foule docile, et là le saint, révolutionnaire. Mais chaque homme porte en soi deux tendances, vit deux moralités. L'une commandée par le milieu social dans lequel il s'insère, est statique et conservatrice : close. Elle s'enferme en formules impératives. Elle moule en lui la conscience individuelle aux *imperium* de la conscience sociale. Mais la morale spirituelle de la personne est dynamique. Élan vital pour la conquête d'un idéal plus élevé. Plus vaste aussi. Elle construit la vie, créant de nouveaux états d'âme.

Mais s'il est acquis que le même sujet est à la fois personne et individu : individu qui, enclos dans son groupe, en subit les pressions; et personne, élan vital qui se conquiert : il se pourrait que toute réalisation de la personne fut un gain pour la société; et que, pour celle-ci, rompre les frontières fut élargir d'autant l'horizon social où elle se meut. Et si « l'acte par lequel l'âme s'ouvre a pour effet d'élargir et d'élever à la pure spiritualité une morale emprisonnée et matérialisée dans des formules, celle-ci devient alors, par rapport à l'autre, quelque chose comme un instantané pris

sur un mouvement... La morale courante n'est pas abolie, mais elle se présente comme un moment le long d'un progrès ».

2. Entre le clos et l'ouvert.

« Entre l'âme close et l'âme ouverte, il y a l'âme qui s'ouvre. Entre l'immobilité de l'homme assis, et le mouvement du même homme qui court, il y a ... l'attitude qu'il prend quand il se lève. » Le pur statique, en nous, serait infra-rationnel : obéissance passive à la loi, habitude cristallisée en instinct. Le pur dynamique est supra-rationnel : aspiration, intuition et émotion. Il se pourra, sans doute, après coup, analyser en idées, mais il précontient dans son unité, et dépasse, leur multiplicité. Entre les deux, il y a l'âme humaine rationnelle.

L'âme est rationnelle. La morale close de la cité close est pour elle nourriture et point d'appui. Elle en vit, car elle en subit la pression. Pression bienfaisante, résultant d'un équilibre externe, et qui maintient l'équilibre interne. Mais sous cet effort même, il se faut ouvrir à la spiritualité. Un idéal entrevu attire, plus personnel. Et voici que s'amorce un nouvel état d'âme. Détachement par rapport à l'ancien qu'elle vient de quitter, son attitude est indifférence; élan vers le nouveau où elle tend, son attitude est contemplation.

Mais toujours en continuité l'un de l'autre. Car cette contemplation veut qu'on prenne appui sur cette morale statique et dépassée, pour laquelle on semble devenu indifférent. Et ce soulèvement de soi dans la contemplation, ébranle du même coup, pour un nouvel équilibre, la stabilité du groupe.

3. Deux exemples.

Des philosophes ont prétendu fonder la morale sur le *respect de soi-même.* Qu'en est-il? Il suppose une personnalité qui se dédouble. L'homme moyen que je serais si je me laissais aller respecte en moi l'homme idéal où je tends. Et de quoi est fait cet homme idéal? Il suppose d'abord la pression du groupe sur l'individu : moi-social déterminant le sujet. Mais avec la pression voici l'aspiration si cet idéal est un modèle

humain, aimé, auquel on veut ressembler. Et ces modèles nous attirent, par delà la cité, vers l'humanité pure.

Qu'est-ce que la *justice?* Elle dit égalité de prestations entre personnes supposées équivalentes en droits. Equivalence des prestations, proportion des personnes, similitude des volontés. Commutative ou distributive, arithmétique ou géométrique, la justice dit toujours cette *égalité*, soit numérique, soit de proportions. Mais au delà de cette justice *relative*, qui mesure et proportionne, y a-t-il une justice absolue? « Une justice qui n'implique ni échanges, ni services, étant l'affirmation pure et simple du droit inviolable, et de l'incommensurabilité de la personne avec toutes les valeurs. » Nous la posons comme un terme, dont iraient se rapprochant les diverses étapes de justices historiques, de moins en moins primitives. Encore supposons-nous un « passage à la limite ». Mais que sont, dans l'absolu, les « Droits de l'Homme »?

Ici, nous rencontrons deux erreurs familières. Qu'est-ce que le progrès? Au lieu de penser à du tout nouveau, qui s'est emparé de l'ancien pour l'englober dans un tout imprévisible, nous aimons mieux envisager l'ancien comme une partie de ce tout, lequel aurait virtuellement préexisté. Car toujours nous considérons le mouvement « comme un rétrécissement progressif entre le point de départ, qui est donné, et le point d'arrivée, qui n'existe comme station que lorsque le mobile a choisi de s'y arrêter ». Mais le mouvement ne peut en vérité prendre cet aspect que rétrospectivement, quand il nous sera possible de le reconstituer par la pensée.

De même la justice. Elle progresse. Mais chaque progrès est bond en avant, *totalement original*. Il suppose, bien sûr, des lois préexistantes, et donc un consentement de la société. Mais il veut surtout un initiateur en génie, créateur, et qui fait du *tout nouveau*.

Et voici l'autre erreur. On ne saurait imaginer « passage à la limite » que si, de l'une à l'autre justice, il y a homogénéité. Il est vrai que, sous l'une et l'autre forme, elle se présente toujours comme obligatoire et contraignante. Mais notons l'opposition. Dans la justice *réelle*, cette contrainte vient de la règle sociale. L'injustice est essentiellement infraction à cette règle, étant par là rupture d'un équilibre

nécessaire. D'où la sanction pénale, qui rétablit à la fois l'ordre, et la cohésion du groupe. Tout au contraire, dans la justice *absolue*. La nécessité contraignante vient de la formule idéale. Et c'est la règle sociale qui, pour être « juste », doit prendre cet idéal pour norme, et s'y conformer.

Le « passage à la limite », l'erreur, fut de substituer aux cités closes la république idéale de l'humanité, dont tous les hommes seraient de droit citoyens. Donc égaux en droits. Universalisme de la loi, égalité des droits, dignité de la personne humaine, ceci est apport du christianisme. Mais cette conception, révolutionnaire, ne s'est pas imposée d'emblée aux consciences. L'idée moderne de justice a progressé par une série de réalisations individuelles qui ont réussi, par des efforts multiples, animés d'un même élan, chacun restant totalement original. Par là, peu à peu, la justice idéale se revêtait des aspects et s'emparait des prérogatives de la justice primitive. Créée à l'avancement par les initiateurs, incorporée, à travers ses étapes successives, dans la société, elle allait être enrobée dans le même « tout de l'obligation » qui pèse depuis le commencement sur nos relations sociales.

CHAPITRE IV

SOLUTIONS

1. Contre l'intellectualisme.

Tout rationalisme, d'abord, est insuffisant. De ce qu'on a constaté le caractère rationnel de la conduite morale, il ne suit pas que la moralité ait son origine dans la pure raison. L'explication rationnelle est postérieure et rétrospective. Comme toujours, elle analyse un mouvement. Elle met en formules des forces qui ne viennent pas d'elle. Elle prend sur la vie des instantanés. Mais la vie même, comment la fixer?

Laissons à Kant sa morale formelle. Sa syllogistique du devoir est excellente, et bonnes ses déductions, à partir de l'impératif catégorique. Mais l'impératif catégorique lui-même? Et puis, que la technique spéculative soit tenue de respecter la logique, à peine de se nier, cela s'impose. Mais prétendre

que la passion et les égoïsmes se doivent taire devant des injonctions dialectiques, c'est donner à la logique, sur la conduite des hommes, une emprise et une souveraineté qu'elle n'a pas.

Nous allons-nous réfugier dans l'idéalisme platonicien? La notion de Bien domine toutes les autres. Le principe d'obligation n'est plus impératif formel : il est attrait d'une Idée. Idéal transcendantal, si l'on veut. Autour de lui vont s'organiser hiérarchiquement, en dégradé suivant des valeurs décroissantes, des mobiles d'action humaine. Mais d'où vient cette table des valeurs? Et qu'est-ce qu'un motif « préférable » aux autres? Parce que son « idée » est plus proche de l'Idée de Bien. Pourquoi cette disposition? Meilleure! Qu'est-ce à dire? Et le devoir sera-t-il mesuré par une idée? Ce qui est « à faire », ou « le plus à faire », devra-t-il répondre toujours à l'idée la plus épurée?

Pas davantage un finalisme ne contentera Bergson. Le finalisme, moins que tout le reste. Car aucune fin ne s'impose comme obligatoire en tant que proposée simplement par la raison. En vain une morale, celle-ci pas plus que les autres, croira-t-elle fonder l'obligation sur la raison, ou sur une hiérarchie de raisons : fins particulières qui s'échelonnent, ou s'emboîtent dans des fins générales. Toujours on aura réintroduit, à son insu, des forces extra-rationnelles. Les « fins » particulières que nous investissons de moralité étaient en fait enrobées dans la statique sociale. Car tous les théoriciens de la morale postulent la société. L'ayant supposée, ils ont intégré, du même coup, le moteur moral : pression et aspiration, deux forces auxquelles la société doit sa stabilité et son mouvement.

2. L'obligation.

La véritable « tessera » est ici. Dans l'obligation, correctement analysée. Car elle est nécessité, mais avec laquelle on discute. Et qui s'accompagne d'intelligence et de liberté. Nécessité, elle dit pression; intelligence, elle dit choix. Et voici comment nous pourrions traduire le fait de l'obligation.

Il y a d'abord une pression subie. La conscience sociale est

antérieure à la conscience individuelle, qu'elle moule à son exigence. Mais il y a l'intelligence, qui va d'emblée aux intérêts personnels. Pour cela, elle cherche à inhiber cette contrainte qui pèse sur elle. Puis, comme elle en a reconnu la valeur, même à un point de vue strictement égoïste, en vue de la construction d'un moi humain, elle accepte maintenant cette pression, d'abord passivement subie. Elle va la formuler en principes abstraits de conduite, en lois et en institutions. Ainsi l'égoïsme fondamental du sujet se trouve introduit dans la statique sociale, elle-même acceptée. Nécessité subie et sentie, refoulée puis consentie, voilà l'obligation.

A aucun moment l'intelligence ne l'a constituée. Elle la reconnaît, mais préexistante. Elle l'analyse, mais donnée. Elle l'admet enfin, mais ne se la donne pas. « S'empêchant d'empêcher » la pression sociale, elle ne la fait point. « Mouvement pendulaire qui retient, puis cède à la pression du ressort qui l'entraîne, mais le ressort est au delà ».

« Ceci admis, toute théorie de l'obligation devient inutile en même temps qu'inopérante : inutile, parce que l'obligation est une nécessité de la vie; inopérante, parce que l'hypothèse introduite ne fait que justifier aux yeux de la raison une obligation préexistante ».

3. La vie.

« Pression sociale et élan d'amour ne sont que deux manifestations complémentaires de la vie, normalement appliquée à conserver en gros la forme sociale qui fut caractéristique de l'espèce humaine dès l'origine, mais exceptionnellement capable de la transformer, grâce à des individus dont chacun représente, comme eût fait l'apparition d'une nouvelle espèce, un effort d'évolution créatrice ».

Nous voici au point crucial. Si la vie explique la pression de la société sur l'individu; et si la vie explique l'évasion des âmes en avant de la société, il faut maintenant qu'elle explique, ce qui est bien plus difficile, comment la société peut tolérer ces initiateurs de génie, qui la servent cependant en semblant la violenter; et comment le saint tolère cette pression, qui le soutient en paraissant l'étouffer. Car, si la vie a besoin du

saint pour promouvoir la société vers un progrès; et si elle a besoin de la société comme d'humus où jailliront les fleurs de sainteté; si pression et aspiration en sont manifestations complémentaires, nous voudrions maintenant qu'au sein d'une même conscience, comme au sein d'une même société, elles fussent mieux que « manifestations complémentaires », mais « causalité réciproque ».

« Tout est obscur si l'on s'en tient à de simples manifestations, qu'on les appelle toutes ensemble sociales, ou que l'on considère plus particulièrement dans l'homme social, l'intelligence. Tout s'éclaire si l'on va chercher, par delà ces manifestations, la vie même. Donnons donc au mot biologique le sens très compréhensif qu'il devrait avoir, qu'il prendra peut-être un jour, et disons, pour conclure, que toute morale, pression ou aspiration, est d'essence biologique ».

DEUXIÈME PARTIE

L'UNIQUE FIN

Avons-nous été fidèle? Du moins nous l'avons désiré. Sans nous attarder ni à critiquer, ni à louer, ni même à discuter, notre ambition fut d'exposer. Comprendre d'abord. Ni guillemets, ni citations, ou si rares. Toutefois, c'est dans ses propres termes que nous nous sommes efforcé de reproduire la pensée de Bergson. Quand nous nous sommes permis de la traduire en un langage qui nous était plus familier, c'est encore par un effort de loyauté. Il nous semblait ainsi la mieux « réaliser ». Transposition d'une orchestration dans une autre, pour mieux percevoir le thème fondamental. Y sommes-nous parvenu? Qu'on veuille bien, du moins, tenir compte de notre effort.

On voudrait poursuivre l'ouvrage, à partir de réflexions exprimées ou suggérées par l'auteur. Mais désormais dans une philosophie délibérément thomiste. Qui du moins croit l'être, et s'y applique, en toute loyauté. Peut-être parviendrons-nous à construire une doctrine de l'agir humain, non pas individuel d'une part et d'autre part social : ici l'individu subordonné aux exigences du groupe, et là une personne humaine, ayant sa destinée à conquérir ; mais une philosophie de l'action humaine, sociale parce que personnelle construisant dans un même effort, et la destinée de la personne et l'équilibre de la société, l'un par l'autre, l'un dans l'autre, l'un pour l'autre. Ainsi la République de Platon, mais autrement. Et cela parce que l'homme, personne et individu tout à la fois, est animal social en tant qu'animal raisonnable; que dès lors il s'insère dans les groupes sociaux en tant précisément que cela lui est nécessaire pour conquérir sa fin dernière; comme, d'autre part, c'est une exigence de l'espèce humaine

que chacun de ses membres tende à sa propre fin, puisqu'elle-même ne se réalisera qu'à cette condition.

CHAPITRE PREMIER

STATISME ET DYNAMISME

1. Pression, aspiration, vie.

Pression, aspiration, vie : trilogie qui doit rendre compte de toute la moralité. La pression exprime la morale sociale, qui est statique, et se formule en impératifs. L'aspiration exprime l'effort de perfectionnement individuel, qui est dynamique, et manifeste un mouvement. La vie enfin justifie la simultanéité de ces deux aspects, en apparence opposés. Car c'est la vie qui impose à l'individu d'accepter cette contrainte, et ce « tout de l'obligation », limitatif, en apparence, de son autonomie. Et c'est la vie qui impose à la société de tolérer ces initiatives individuelles, destructrices, au moins apparemment, de cet équilibre interne qui semblait acquis.

2. Vie des peuples.

Statique et dynamique à la fois, la vie conserve et la vie construit. Les exemples en sont innombrables, et dans tous les ordres. La vie, nationale et internationale, se formule en des accords et traités. Par eux-mêmes, ils ne sont point la vie, mais ils la formulent. La fixent, en un moment de sa durée. Instantanés, si l'on veut, pris sur un mouvement. Mais qui *disent* le mouvement, et jalonnent le chemin parcouru. Ainsi les traités de paix. Deux conceptions, germanique et française. Deux accusations. Deux mutuelles incompréhensions.

Statique est la conception française. Les traités *fixent*. Après une période de troubles, d'erreurs et d'anarchie, ils font de l'ordre, et du coup stabilisent. Ils *déterminent* ce droit qu'ils disent. Mentalité juridique. Et il le faut bien. Car, comment juger, sans lois, et comment dire le droit, sans instruments juridiques? Esprit français : préférant l'ordre à l'anarchie, et au trouble, la clarté. Mais simplement, exigence

de l'esprit humain, qui lui aussi, prend des instantanés sur le mouvement, découpe, discerne et stabilise, pour saisir le réel. Non qu'il le veuille immobiliser. Car le réel, avec la vie, continue sa route. Mais c'est notre pauvreté, comme aussi notre richesse, de le pouvoir et devoir ainsi saisir et analyser en vues successives, langage, concepts et discours : « intellectus componens et dividens ».

Dynamique est la conception allemande. Les traités sont un *point de départ* pour une nouvelle vie. Après les erreurs de l'ancien Reich, si cruellement et amèrement payées, il faut maintenant faire du nouveau. Mais d'abord abolir toute cette « *Weltanschuung* » héritée du passé, cause de tous nos malheurs. La vie internationale en est tout empoisonnée. Le propre des traités sera précisément d'oblitérer tout cela, et donner voie libre à une vie nouvelle. « Jaillissement d'imprévisibles formes. » Car il est de l'essence d'un accord qu'il soit immédiatement dépassé par les relations qu'il autorise : de Versailles à Genève; de Genève à Locarno; de Locarno au pacte de Paris; du pacte de Paris à Lausanne; de Lausanne à Rome... Ainsi va la vie; et la paix. Que sera demain? De nouveaux accords prendront de nouveaux instantanés, et ainsi toujours. Vanité d'immobiliser cela. Tout change, tout passe, tout devient : pour les Nations comme pour les individus. Et l'histoire nous apporte le perpétuel témoignage des siècles, défaisant à mesure l'œuvre rationnelle des hommes : le XVIIe après Westphalie; le XIXe après Vienne; le XXe après Versailles.

3. Vie de l'esprit.

Statique et dynamique à la fois, toute vie humaine. La vie de l'esprit tout d'abord. Nous avons souligné à l'instant, l'aspect statique de la connaissance notionnelle. Non point certes pour en nier la valeur. Moins encore pour y voir l'unique source de pensée. Car il est bien entendu tout d'abord, que le discours étant la forme nécessaire de la connaissance humaine, il n'est pas pour autant, le tout de cette pensée. Rationnel, il nous livre, du réel, tout ce que l'homme en peut saisir. Bien loin d'avoir un usage purement subjectif, les jugements abs-

traits de la raison, non seulement sont fondés en réalité, mais ils disent, humainement, ce qui est. Ils traduisent. Pour cela ils fixent. Comme les traités de paix, eux aussi stabilisent les acquêts : acquisitions individuelles et enrichissements collectifs. Ils disent aujourd'hui ce que le genre humain, et chaque homme, possède de science, chacun pour sa part et à sa manière. Compte en banque et registre de comptabilité, ils tiennent en réserve, toujours disponible, ce que l'humanité, et chacun de nous, a conquis de l'univers et dompté du réel.

Non point pour s'en tenir là. Morte aussitôt serait la connaissance qui s'immobiliserait à compter son avoir. Tout au contraire, marche en avant, conquête et dynamisme est la vie de l'esprit. Appétit d'être. Et la vue de ses biens ne fait qu'exciter son avarice cupide. Mieux, cet appétit, cet élan vers l'être, définit l'esprit comme esprit. C'est lui qui, précisément, rend compte de la connaissance notionnelle. Que celle-ci ne soit, en définitive, que pour la connaissance réelle ; que ce courant de surface ne se laisse comprendre, en somme, qu'à raison de ce courant de fond, voilà qui est devenu banalité. « Les perceptions et notions distinctes, tout le jeu de la connaissance notionnelle, ne se peuvent expliquer qu'en fonction du dynamisme profond, du besoin et de la puissance supérieure de l'esprit, tendu tout entier vers la possession vivante du réel ; au point que l'intelligence ne connaît, même conceptuellement, que parce qu'elle cherche, dans le concept même, autre chose que le concept. »

Le thomisme, depuis longtemps nous a familiarisés avec ces vues, qui distingue, en tout acte de pensée, la perception et l'affirmation : connaissance « *an est* » et connaissance « *quid est* ». La perception dit les essences, qu'elle découpe dans l'être, et fixe pour les retrouver. L'affirmation dit la relation de ces mêmes essences à l'absolu de l'être. Mais les posant ainsi, fermes, elle pose, du même coup, la totalité de l'être. Par là elle est dynamique. Car dire cette relation et poser cet absolu, c'est dire la connaturalité de l'esprit avec autre chose que ces découpages d'essences, et son élan vital vers cet être dont il est appétit.

4. Vie morale.

Statique et dynamique est notre vie morale ; saisie des biens et élan vers le Bien. Elle aussi fixe, mais pour un nouveau bond en avant. Car elle est élan. Ce qu'elle fixe? Tous et chacun des biens qui se présentent au long de ma route, et que, par un acte autonome, j'intègre dans ma trajectoire. Pauvres participations morcelées du Souverain Bien, fragmentaires, mais qui tout de même en disent quelque chose. Plus et mieux : perfections, qui, par le fait qu'elles ont été introduites correctement dans ma vie, m'aident d'autant à m'acheminer vers mon but. Actions élémentaires, dont se composerait cette unique et totale Action, qu'est ma vie, comme les pas successifs, dont est faite ma route.

CHAPITRE II

LE MOUVEMENT

1. Ens mobile.

Statique et dynamique est la vie; vie des peuples et vie humaine; vie intellectuelle et vie morale. Mais qu'est-ce que la vie? La vie est mouvement. Mais qu'est-ce que le mouvement? Et si nous étions d'accord sur cette notion, peut-être serions-nous bien près de nous entendre.

« Au lieu de penser à du tout nouveau qui s'est emparé de l'ancien, nous aimons mieux envisager l'ancien comme une partie de ce tout, lequel aurait alors virtuellement préexisté. » Mais « un intervalle dont il n'y a encore qu'une extrémité ne peut pas diminuer peu à peu, puisqu'il n'est pas encore intervalle ».

Que si, au contraire, Aristote avait résolu la dichotomie de Zénon, si le mouvement était élan, non de l'acte à l'acte, ou de l'acte à la puissance, mais de la puissance à l'acte; — s'il y avait un mobile, de l'être *qui est* ET *qui se fait;* de l'être en mouvement, et non du pur mouvement; *être qui devient,* et non pur devenir; — si le mouvement, « perpétuel

jaillissement d'imprévisibles formes », ne devenait intelligible qu'à raison du terme où il tend, et qui lui donne son unité : alors, connaissance et vie, être et agir, prendraient un sens. Un sens, qui est intelligibilité, par où on les comprend, et qui est but, par où ils s'unifient. Que si connaissance et vie n'ont d'unité que par ce but, qui en ferait, non une impalpable poussière d'actions, toutes hétérogènes et toutes diffluentes, — pur multiple — mais unique et totale action, qui embrasse tout, — un, synthèse de multiple — unique élan, mouvement unique : alors nous verrions comment et pourquoi esprit et vie sont statiques et dynamiques à la fois. Et du même coup, le « tout de l'obligation » pression du groupe humain sur ses membres ne gênerait plus, mais servirait l'élan de la personne humaine vers sa Fin dernière, car la loi positive serait expression et traduction notionnelle de l'appétit d'Etre. Et cet élan des personnes vers leur fin, « émotion, propulsion », ne scandaliserait plus, mais servirait le groupe social, si, dans la vie institutionnelle « ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action; les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public, ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité[1] ».

2. Primat de l'acte.

L'être prime le non-être. L'acte prime la puissance. La fin prime le mouvement. Car l'esprit est appétit d'être. S'il nomme les choses, et les affirmant les pose dans l'absolu, c'est qu'il est d'abord appétit d'absolu. Si les choses ont pour nous quelque intérêt, si, les composant en discours, nous en reconstituons intellectuellement l'univers, ce n'est pas l'univers sensible, pour lui-même, qui nous intéresse. C'est que dans ce « tout des êtres », nous reconnaissons une image, pâle sans doute et fragmentée, du Tout de l'Etre : un sans multiple, absolu sans relatif, nécessaire sans contingence. La partie n'est intelligible que par le tout. Mais le tout composé de parties, n'est intelligible que par le tout, qu'aucune partie ne vient morceler. Et la connais-

1. Hauriou, *La théorie de l'Institution et de la Fondation*, dans « La Cité moderne et les Transformations du Droit » (Cahier IV de la Nouvelle Journée), p. 9.

sance notionnelle, morcellaire et totalisante, s'explique, parce qu'elle traduit et exprime l'élan vital de l'esprit vers ce Tout. « Instantanés pris sur un mouvement », sans doute, que ces notions et ces jugements, mais qui le disent, et qui l'expriment en le réalisant. Et ce mouvement lui-même ne prend conscience de soi, de son existence et de son orientation, n'est et ne se perçoit, que par ces instantanés qui l'expriment. Inintelligible est la connaissance notionnelle, innombrable saisie d'objets, indéfinie dans le temps et dans l'espace, pur multiple, si elle n'est ce mouvement : appétit qui est un, parce qu'il va quelque part, et sait qu'il y va.

CHAPITRE III

ASPIRATION

1. Le Souverain Bien.

Et si notre vie elle-même était cet élan, cette marche, cette conquête! Appétit du Souverain Bien. Si non seulement les pauvres choses d'ici-bas n'étaient bonnes que dans la mesure où elles sont participation, et nous font goûter un effluve de la Toute Beauté; mais si encore et surtout nos pauvres actions terrestres n'avaient de sens et de bonté pour nous que dans la mesure où elles nous conduisent à la possession effective du Souverain Bien lui-même et non de ses effluves! Si elles ne se multipliaient au long de notre vie, comme au long de la route fastidieuse on multiplie les pas, que pour nous rapprocher du but! Si l'amour dont nous les aimons, en définitive, n'était que l'amour dont nous aimons notre Souverain Bien? Alors la vie elle-même serait unité, synthèse de multiple. Dynamique, car elle s'élance, et statique, car elle saisit. Statique parce que dynamique, et dynamique parce que finalisée.

Mieux, si cet amour : amour de notre Fin et amour de nos actions bonnes, disait ce que cherche Bergson : « émotion, propulsion, soulèvement venu des profondeurs », alors peut-être la synthèse nous serait-elle donnée, entre cette « loi intérieure », appétit de béatitude, et ces « lois positives, tout

de l'obligation », pression venue du milieu social. Et voici, nous semble-t-il, comment.

2. Le Bien Moral.

Toute perfection est accroissement d'être. Mais autre est la perfection que je reçois, autre la perfection que je me donne. La première est en moi sans être de moi. Réalité, sans doute, et chose, mais qui ne m'est rien dans la ligne de moralité. Un bien moral est une perfection que je me donne. Accroissement d'être, mais dont je suis auteur. Par un acte libre il est *en moi* et il est *de moi*. Il n'est plus une chose, mais une activité. La personne que je suis, maîtresse et fin de son élan, l'a introduit dans son dynamisme.

Sans doute j'aime la richesse, et la santé, et la science, comme des bonheurs terrestres. Et si je les aime ainsi, c'est pour y reconnaître des succédanés du vrai Bonheur, des bonheurs provisoires. Mais je ne les aime que comme succédanés, et transitoires. Si au contraire, j'ai vu dans ces richesses à conquérir — ou à mépriser —, dans cette science à acquérir, dans cette santé à protéger, le moyen de parvenir à travers elles et par elles, au bonheur total et sans limites, alors, c'est un bien autre amour qui les investit. Car devenir savant, protéger cette santé, cultiver cette pauvreté, c'est un élan par lequel je me hausse, c'est un mouvement de tout moi-même, issu de moi, et qui m'emporte vers l'Unique Désirable, désiré dans tout désir, vers l'Unique Bien, dont tout bien n'est que reflet. Ce que j'aime ainsi, ce n'est plus la santé, ou la science, ou la pauvreté pour elles-mêmes, mais le Souverain Bien qui en elles et par elles m'attire. Un jugement est intervenu, qui rattachant ces pauvres choses périssables au bonheur inaltérable, fait qu'elles ne peuvent plus m'être indifférentes. Car désormais, les prendre ou les rejeter, c'est m'affirmer ou me nier, me réaliser ou renoncer à ma suprême perfection, réussir ou manquer ma destinée d'homme.

3. Notre Souveraine perfection.

Nous avons parlé comme si rien ne pouvait nous intéresser qui ne soit un gain pour nous. Nous avons supposé que nous cherchons dans tout bien *notre* bien; qu'une perfection ne nous est bonne que dans la mesure où elle est *notre* perfection. Bref, la vie humaine, cette unique action, consiste à tout rapporter à nous. Toute perfection est de nous perfectionner. Egocentrisme.

Voilà bien l'immanence du bien; mais la transcendance, où la chercher? Et serait-il possible d'imaginer moralité plus close, que celle qui se fermerait sur nous?

Et l'amour de Dieu par-dessus toutes choses? Pouvons-nous maintenir que le *primum movens,* dans tous les biens que nous cherchons, c'est Dieu aimé dans ces biens? Que toute concupiscence des choses créées, qui sont bonnes, s'analyse en une complaisance en Dieu, souveraine Bonté dont toute bonté participe, Beauté, dont toute beauté n'est que reflet. Et pourrons-nous soutenir simultanément ces deux propositions, en apparence antithétiques :

— Dans toute action humaine, il y a l'amour de soi, et la recherche de sa propre perfection;

— Dans la poursuite de tout bien, il y a l'amour de Dieu, souverainement aimable, et aimé pour Lui-même.

Peut-être le scandale serait-il aboli, et l'opposition dénouée, si ce qui nous définit comme personnes, était d'être essentiellement dynamismes vers Dieu contemplé. Alors, nous aimer serait vouloir essentiellement cet élan vers notre fin, Dieu, souverainement aimable. De telle sorte que cette contemplation soit à la fois, et notre achèvement, car elle nous parfait, et notre béatitude, car elle est adhésion immédiate au souverain Bien. Car cette béatitude nous doit livrer à la fois tout bien, parce qu'il est *le* Bien, source et raison de tous les biens; et aussi tout *notre* bien, car nous ne saurions être heureux qu'en tant que, par une opération qui soit nôtre, nous parvenons à cette action suprême, qui est notre suprême *acte*.

4. Complaisance et concupiscence.

Ainsi serait résolue l'opposition entre amour de bienveillance et amour de concupiscence, amour extatique et amour de soi. Le pur amour de soi est contradictoire. Car dans la mesure où, par une rétroversion totale, il fait de notre bonheur une raison *dernière* de notre activité, il est par excellence idolâtrie, nous faisant à nous-mêmes des dieux. Mais idolâtrie qui se détruit, puisque cet arrêt nie cet élan vital que nous sommes : élan d'amour total vers l'Infinie Beauté. Pas davantage n'est possible la pure extase. Car dans tout amour de Dieu il y a au moins ceci : le bonheur de l'aimer et de le savoir souverainement aimable. Et renoncer à ce bonheur est contradictoire, car ce serait dans un même acte nous affirmer comme élan d'amour, et nous nier, comme renonçant à cet élan même.

Amour extatique de Dieu, véritable amour de nous, sont intérieurs l'un à l'autre. Mais l'amour de Dieu est premier. Car qu'aimons-nous en nous? Ce que nous avons de plus fondamental : l'être que nous sommes. Mais cet être n'est ni de soi, ni par soi, ni pour soi, du moins absolument. Si bien qu'il nous est cher, moins pour *ce qu*'il est que pour ce *par quoi* il est. Et tout son absolu lui vient de sa relation transcendantale à l'Absolu divin. L'absolu de notre être, sa relation à l'Absolu divin : deux données qui ne sont pas *ex-aequo*. Car l'une est raison de l'autre, et celle-là n'est que par celle-ci. Il y a un « premier ».

Ainsi l'amour que nous avons pour nous nous contraint à nous dépasser, pour embrasser au delà, dans une étreinte plus ardente, celui qui est raison de notre être et de notre amour, et de notre amour de nous. Celui par qui toutes choses sont; pour l'amour de qui nous aimons toutes choses et nous aimons nous-mêmes.

5. Abneget semetipsum.

Et nous voici libérés d'une autre aporie, plus irritante. Qu'avons-nous fait de la doctrine chrétienne du renoncement?

Car il n'y a pas là enseignement gnostique, à l'usage des seuls initiés. Elle est l'essence même du christianisme; et totalitaire. On n'est pas en règle pour avoir abandonné telle jouissance plus agréable, ou plus néfaste, et conservé le reste. « Seigneur, ne vous ai-je pas donné tout ce que je vous devais, en rigueur de justice? » — « Tu ne m'as rien donné, tant que tu ne t'es pas livré toi-même. Ce ne sont pas tes biens, qui ne sont que des choses, ni tes voluptés, qui ne sont qu'épiphénomène, ni ta liberté même, qui n'est que mobilité, qu'il faut au Seigneur. Tout cela est de toi, mais n'est pas toi. Ce qu'il faut donner, c'est toi-même. Ce que tu es, ce que tu deviens, ce que tu seras. Non pas seulement le fruit, mais l'arbre. Et c'est chose bien différente : renoncer à tout, ou se renoncer soi-même, simplement ».

« ... Deux amours ont construit deux cités : l'amour de soi jusqu'au mépris de Dieu, l'amour de Dieu jusqu'au mépris de soi ». Faut-il donc choisir, et, dans l'une et l'autre hypothèse, tout perdre? Car aimer en moi autre chose que cet élan vers Dieu, c'est me nier; et me renoncer fondamentalement, c'est renoncer à Dieu.

Péché essentiel que de nous aimer en absolu, et catégorique négation de nous-mêmes. Puisque c'est interrompre dans sa course vers Dieu cet élan qui nous définit comme personnes. Il se nie radicalement, celui qui s'affirme ainsi, arrêtant sur soi cet effort par quoi il est. Il ne saurait y avoir qu'une façon de nous aimer, de nous affirmer et de nous vouloir, qui est de vouloir et aimer ce qui nous constitue comme êtres : notre remontée vers Dieu. Négation essentielle de soi, que d'abolir cette relation.

Péché essentiel encore et renoncement qui serait la contradictoire du renoncement : abandonner par amour pour Dieu notre propre béatitude. Car s'il n'est de béatitude qu'en Dieu, et si elle n'est pas la jouissance de Dieu vu, mais bien la vision même de Dieu, extatique et enivrante, d'où résulte la jouissance, tout renoncement à la béatitude est mépris de Dieu, par qui nous sommes. Et c'est nier Dieu, que de le servir ainsi.

Qu'est-ce donc, abnégation et renoncement? N'est-ce pas en toutes choses, la recherche immédiate et directe de l'Absolu divin? Me renoncer, n'est-ce pas, tout simplement, écarter

de la main cet écran qui placerait, entre le Créateur et moi, la volupté de jouir, fût-ce de ma sainteté, fût-ce de son amour? Se renoncer, n'est-ce pas, précisément se reconnaître pour ce qu'on est, et s'aimer comme on est : non point arrêt qui bloquerait sur nous notre être et rapporterait à nous l'univers; mais au contraire, montée pour la montée, vers ce but lumineux, où elle conduit quiconque ne se dérobe pas.

« Il me semble que Dieu se cache. Non point qu'il se soit retiré. Je sais qu'il est là. Mais je n'en jouis plus. Il semble qu'il m'ait retiré toute jouissance de le posséder, pour mieux assurer mon union avec Lui ». La luxure spirituelle des mystiques, en effet, a consisté à chercher dans l'union divine la volupté de cette union, aimant non plus Dieu, mais le bonheur de jouir de Dieu. Est-il plus lourde profanation? Et pareillement pour chacun de nous, dans la mesure où la recherche de nous, nous éloigne de Dieu.

Mais intérioriser l'un dans l'autre amour de soi et amour de Dieu; amour de notre être, comme il est, pour ce qu'il est : élan essentiel vers Dieu; amour de Dieu pour ce qu'Il est et comme Il est : souveraine Bonté d'abord, par qui toutes choses sont; et par suite source de notre élan même vers Lui, nous voici bien aux antipodes de tout culte du moi, comme de tout narcissisme : ni Barrès, ni Nietzsche, ni Gide.

CHAPITRE IV

PRESSION

I. Immanence et transcendance.

Fort bien. Voici l'aspiration, mais la pression? Nous retrouvons le « tout de la moralité », mais le « tout de l'obligation »? Élan vital et désir, mais non contrainte. Ou, s'il est encore une nécessité, elle est tout immanente : nécessité de vouloir et partant de se vouloir; nécessité d'agir et partant de tendre à sa perfection. Qu'elle soit intérieure à toute liberté, qui le conteste? Mais il faut établir maintenant que cet effort pour se dépasser, aller au-delà de ce qu'on est, affirme une réelle transcendance. Et s'il est acquis que cet élan de ce que nous sommes vers

ce que nous tendons à être, finalité mais immanente, pose première l'attirance non seulement de l'être, mais du Tout de l'Être, il faut dégager de cette immanence une absolue transcendance.

Nous devrons montrer que cet effort de la personne vers sa Fin dernière est une *loi* qui s'impose à elle ; que non seulement elle ne peut nier sans se nier, mais dont elle ne peut se détourner sans en affirmer la réalité et le droit. Car, eussions-nous une nécessité de fait, il nous faut une exigence de droit. Quand le fait s'impose à nous, en effet, inéluctable, il doit dire plus qu'une loi de nature, une disposition transcendante et absolue, de Législateur. Ou, pour reprendre une critique de M. Parodi, qui, au delà de M. Le Senne visait M. Bergson : « Est-ce qu'un appel serait un devoir, s'il n'était rien de plus ? Il faut qu'il soit, sinon un ordre, du moins une exigence, qu'il enveloppe quelque aspect, sinon de nécessité, au moins d'obligation »[1].

Nous serions bien près de la solution si cet élan vital, qui est loi de notre personne, était loi de notre nature, et si, loi de nature, il était reçu. De la sorte, étant en nous sans être de nous, s'imposant à nous comme personnes, mais au titre d'une nature dont nous sommes dépositaires, il serait par là promulgation d'une loi, d'origine transcendante et catégorique. Et peut-être n'y aurait-il plus à chercher bien loin un fondement à l'obligation morale.

2. L'impératif catégorique.

La raison de toute moralité était à trouver, pour Kant, dans l'impératif catégorique : devoir voulu pour lui-même, et par seul respect pour la loi. En effet, disait-il, pour qu'il y ait moralité, il faut qu'il y ait volonté bonne. Et la volonté bonne est celle que n'attirent ni l'intérêt, ni l'espoir d'une récompense, ni même des mobiles de sympathie, ou tout apport de la sensibilité, mais uniquement ceci : le respect pour la loi, parce que c'est la loi. Ainsi l'impératif catégorique se formulait en jugements synthétiques *a priori*, qui rattachaient une volonté libre à la loi : « *Je veux faire ceci parce que je le dois* ».

1. Société Française de Philosophie, Séance du 23 janvier 1932.

Soit. Mais qu'est-ce à dire?

Dire : « Je veux faire ceci parce que je le dois », c'est évidemment affirmer une liberté. Car c'est exclure toute détermination extérieure. C'est n'être lié par rien, qui soit autre chose que ce « je dois ». Et il le faut bien, si ne sont morales que les actions proprement humaines, issues de la spontanéité d'un sujet libre. — Mais c'est affirmer en même temps, à l'intérieur de cette liberté, une nécessité qui la dépasse. Car s'il y a « devoir » c'est donc qu'il y a dans ce vouloir autre chose qui n'est pas lui, et par quoi il soit lié. C'est reconnaître qu'on a une raison d'agir et qui détermine maintenant cette liberté. Motif que je me suis donné, raison d'agir que j'ai perçue; dont je puis sans doute ne tenir aucun compte ; mais je ne saurais faire qu'elle ne soit pas, ni qu'elle n'ait été aperçue comme raison. Or ce motif, raison déterminante de mon acte, ne peut être qu'une fin. Non seulement terme où l'on aboutit, mais *but* où l'on tend : objet connu, aimé, poursuivi comme tel.

Continuons. Déclarer « je ferai ainsi parce que je le dois », c'est reconnaître une raison nécessitante d'agir, avouer qu'il n'est pas possible de faire autrement. Car si pour atteindre tel but déterminé, même nécessaire, plusieurs routes s'offraient à nous, aucune dès lors ne serait inéluctable. « Je ne dois plus », si je puis m'en tirer autrement. Mais en cela consiste l'obligation : « je le dois », il n'y a aucune issue ailleurs : il le faut. Déjà l'hypothèse kantienne est largement dépassée, si tout « devoir », catégorique ou non, pose nécessairement, à l'intérieur d'un vouloir libre, une nécessité qui le détermine. Et qui le détermine au titre d'une fin.

Or il nous faut achever. Si l'impératif catégorique est donné, il ne saurait se rattacher à rien qui soit hypothétique. Non pas simplement : « j'agirai ainsi parce que je le dois, et je le dois parce que je veux atteindre tel but ». Mais simplement, et absolument : « j'agirai ainsi parce que je le dois ». Mais aucun bien fini ne peut fonder un impératif de ce genre. Car toute fin limitée est libre, tout bien particulier est objet de choix. Si donc une action se propose à nous comme devant être accomplie absolument, sans condition, c'est qu'elle nous rattache directement au Bien qui est lui-même nécessaire

inconditionnellement, objet de tous nos désirs, implicitement contenu dans tous nos vouloirs.

En bref : s'il y a un impératif catégorique, c'est qu'il contient, à l'intérieur de l'acte libre, une nécessité catégorique. Que si un vouloir libre contient une nécessité absolue, il faut qu'il la tienne d'une fin elle-même absolue. Et un acte libre ne saurait être rattaché à une fin absolue qu'au titre de moyen nécessaire pour atteindre cette fin. L'obligation est la nécessité participée de la fin dernière.

3. L'obligation, donnée première.

Mais l'obligation est-elle donnée? Oui, si à chaque instant et pour chacun de nos actes, la vie nous place devant une double nécessité : inéluctable nécessité d'agir; inéluctable jugement de valeur. Car l'ordre moral est l'ordre de l'action. Il y aura toujours ce double élément, simultané : des circonstances qui sont données; et dans la nécessité d'agir, un jugement de valeur intérieur à cette action : « voilà ce qui est bien, voilà ce qui est mal. » Il y a une donnée, à tout instant de notre vie; et chacun de nos actes, et les plus menus, pose le dilemme. Partout où il y a « à agir », il y a « à vouloir » et donc « à juger ». Puis-je du moins me dérober à ce vouloir et à ce jugement. Mais me dérober c'est encore vouloir, me refuser, c'est poser un acte, très positif, de refus. Nous sommes embarqués, et il ne dépend pas de nous que les données du problème soient ce qu'elles sont. Non seulement pour le martyr auquel il est proposé, sous menace de mort, de renier sa foi, mais pour chacun d'entre nous, à chaque instant, se pose un *to be or not to be*. La moindre tentation, dirions-nous en langage chrétien, et l'inspiration la plus ténue de la grâce attend de nous un *oui* ou un *non*. Le vin est tiré, il faut le boire.

Suis-je donc obligé d'agir ainsi? Et si je ne le fais pas, qu'arrivera-t-il? Il arrivera que vous ne l'aurez pas fait, sachant le devoir faire. Et sachant que vous y refusant, vous faisiez mal. Car à l'intérieur même de cette action proposée, il vous était impossible de ne pas juger. Il ne vous était pas loisible de dire, *ad libitum :* ceci est bien, ou mal, et m'est indifférent.

Dans les circonstances concrètes où vous vous trouviez, il n'y avait plus de choix : ou vous acceptiez d'agir ainsi, et dans cet acte même vous approuviez; ou vous alliez vous dérober, mais dans cet acte même vous condamner.

C'est donc au propre titre du bien, qu'une action humaine se présente comme nécessaire, et c'est la bonté morale, qui en mesure l'obligation, puisqu'aussi bien, cette nécessité était mesure de cette bonté. Il n'y a pas deux jugements distincts et successifs : premièrement ceci est bien, et secondement il faut le faire. Mais c'est un même jugement qui est premier principe de moralité, premier principe du bien, premier principe d'action : « il faut faire le bien et éviter le mal ».

4. L'obligation, loi de nature.

Cette loi est maintenant loi de notre nature. Et reçue. Toutes choses en effet sont natures. Éléments dans un « tout » cosmique, tendance à reproduire, chacune pour son compte et dans son espèce, un trait de cet immense tableau qu'est la création, à l'image de Dieu. Toutes choses, par la création, sont insérées dans l'effort universel du monde, par lequel doit être reproduite une trace du Créateur. Et les essences, et les natures, et les formes substantielles, ne disent rien autre que la part propre à chaque espèce dans cette harmonie, comme aussi l'effort de chaque individu dans cette reconstruction.

Ainsi Dieu est Législateur du monde. Non qu'il ait d'abord posé les natures, et leur ait, ensuite, imprimé une orientation. Comme le tout est antérieur à ses parties, c'est la destination qui est première. Parce que l'univers doit réaliser un certain ordre de beauté, les éléments sont conçus en fonction de cet ordre, et les choses deviennent sujets d'activité, orientées à certaines fins, moyennant certains comportements. La loi physique n'est rien de plus, et ne suppose, de la part du Créateur, aucune autre promulgation que cette création même. Pas davantage il n'y a deux « moments » à concevoir dans l'Intelligence divine : une conception théorique du monde, *puis* une ordination pratique. C'est dès l'abord que la conception est ordonnatrice, donc législatrice.

Ainsi de la nature humaine. Elle aussi, par elle-même, est promulgation d'une loi. Par elle, Dieu se manifeste notre Législateur, et par elle, il s'exprime. Car elle est, comme toutes choses, œuvre de la raison divine, disposant toutes créatures dans leur être et dans leur agir, à raison de leur fin. De telle sorte que cet appétit fondamental de Le voir et de L'aimer, qui nous définit comme personnes et nous constitue sujets d'activité spirituelle, donc libre, soit loi de notre nature, exigence que nous découvrons en nous, et qui nous est antérieure.

Car ce bien qu'elle juge absolument, et pose catégoriquement, la raison sait qu'il n'est pas en elle de l'imposer ou non, et que ses jugements de valeur ne sont pas facultatifs. Dès qu'une action s'est présentée, qu'elle a été jugée, c'est fini. Elle s'est offerte ; et si je suis maître de l'accepter ou non, il ne dépend pas de moi qu'elle se soit présentée, revêtue d'une certaine valeur. Ce jugement dont elle est investie, il n'est plus loisible de l'infirmer, encore que bien souvent il gêne. Il est. Tel acte est bon, et « à faire », et catégoriquement.

5. Loi intérieure.

Ici, parallélisme avec la vie spéculative. L'homme perçoit la vérité et ne fait pas cette vérité ; perçoit la rectitude de son action, et ne fait pas cette rectitude. Nulle part mieux que dans le jugement moral, précisément où elle se pose comme *dictans,* la raison ne saisit efficacement sa subordination. Elle est règle, mais participée. L'homme affirme une nécessité et n'est pas source de cette nécessité ; pose un absolu et n'est pas maître de cet absolu ; spontanément rattache son action à une fin dernière et n'est pas maître de cette fin, qui est donnée, ni de ce rattachement, qui s'impose. D'où la nécessité de remonter à une Raison qui soit, par elle-même, source et raison de sa rectitude ; à une Vérité, qui soit par elle-même source et raison de sa nécessité.

C'est précisément comme participation active de cette divine Lumière, que la raison humaine légifère absolument. Car cette conformité entre les dictées de la raison pratique

et les exigences de la raison divine n'est pas seulement extérieure, elle a surgi du dedans. Sans doute, parce que nos intelligences ne sont que fuligineuse lumière, un secours extérieur nous devra être apporté — ce sera le rôle de la vie sociale. — Mais en définitive, c'est la raison humaine, individuelle et sociale à la fois, parce qu'elle est *quaedam participatio divini luminis* qui retrouvera et reconstruira cet ordre des choses, ces exigences de la vie, où se rattache toute moralité.

Ainsi la nature fait à la personne sa loi. Tendance essentielle qui ne se peut réaliser que dans certaines conditions, et moyennant certaines déterminations. Et celles-ci ne dépendent pas de notre libre assentiment : elles sont données. Tout notre effort de spiritualisation sera précisément de les reconnaître. Mais si notre nature s'impose à nous, donnée qu'il n'est pas loisible d'accepter ou de rejeter, mais qui est, désormais la loi de nature est première, et le fait justifie le droit, car l'aperception du fait est promulgation du droit.

CHAPITRE V

LOI NATURELLE ET LOI POSITIVE

1. Bonum est faciendum.

Si nos déductions sont correctes, voici rattachés l'un à l'autre appel et contrainte, élan vital et nécessité. Du moins dans une même conscience. Car la loi est à l'intérieur du jugement moral, sans qu'il y ait à la chercher ailleurs. Il n'y a pas deux moments, l'un d'aspiration, où l'action se présenterait comme bonne, l'autre de pression, où elle deviendrait obligatoire. Le même jugement qui l'a déclarée absolument bonne, la pose du même coup comme absolument « à faire ».

Cette nécessité, interne à tous nos jugements de valeur, est un fait premier, comme le déterminisme des lois physiques, contenu dans toutes natures, et l'absolu de l'affirmation, contenu dans tout jugement.

Dès qu'un jugement spéculatif est posé catégoriquement, il s'impose comme nécessaire et universel, car affirmer qu'une

chose est, c'est la rattacher à l'absolu. De même ici. Tout vouloir — et nous ne pouvons pas ne pas vouloir, car « si choisir est tricher, tout le monde triche, même celui qui choisit de ne pas choisir » — tout vouloir est expression de notre appétit nécessaire du Souverain Bien. Mais vouloir une chose est juger bonne, non pas précisément cette chose, mais l'action par laquelle je me la procure. Or, juger « bonne » une action, c'est la déclarer « à faire ». Non pas relativement, mais absolument ; non pas une fois, mais toujours ; non « pour moi », mais « en soi » : c'est l'investir d'absolu, de catégorique et d'universel. Le même absolu d'affirmation qui se trouvait dans le jugement spéculatif se retrouve dans le jugement pratique. Informant une matière présentée correctement par la raison, il sera expression de notre « loi naturelle ».

2. La raison, règle de moralité.

Mais n'avons-nous pas escamoté la difficulté? Nous avons posé qu'un acte est bon qui est, par la raison, jugé convenable à notre nature, et par ce jugement, introduit dans notre élan vital vers notre fin dernière. Si bien qu'en définitive, c'est notre raison qui est juge, et mesure de notre moralité.

Cette judicature est-elle infaillible? est-elle universelle? est-elle suprême? Car la donner comme universelle, est faire de la raison humaine l'arbitre de toute vérité morale objective. La donner comme infaillible est nier la possibilité de l'ignorance, de l'erreur ou du péché. La poser comme suprême est retomber dans l'intolérable autonomie kantienne. Et qui me dit que ma raison sera bon pilote? car nous serons en grand danger, lui ayant confié notre barque. Sommes-nous assurés, au milieu des tempêtes et des appétits et des passions, qu'elle saura garder son calme et faire le point? Et l'enjeu est trop grave. Nous avons répété à satiété que nous étions *viatores*, que toute notre activité de sujets libres est définie par cette hâte vers le port. Si le pilote s'égare ou s'affole, c'est de mon salut qu'il s'agit.

Une chose est certaine. Fondées ou non, ces préoccupations ne sont pas pour inquiéter saint Thomas. D'accord avec le sens commun, il est en cela d'un intellectualisme outrancier.

Notre conscience est juge de notre moralité, même quand elle se trompe, pourvu qu'elle se trompe de bonne foi. Étant notre seul guide, nous sommes tenus de nous fier à elle et de la suivre. Cela est immédiatement péché : agir contre sa conscience.

Il reste qu'elle n'est pas infaillible, et que sa science est bornée. Ignorance, erreur, péché : données immédiates qui semblent infirmer ce que nous avons dit de l'action humaine, et de sa moralité. Nous avons parlé comme si l'homme, dans son activité, était parfaitement *personne,* hypostase qui égalât intelligiblement sa nature, et la dominât complètement, pur esprit. Et voici les reprises du sensible sur l'intelligible, dans notre vie. Ignorance, état de l'esprit incomplètement dégagé de la matière, qui discerne mal une fin à atteindre à travers des moyens matériels donnés, pour qui s'illumine un champ bien étroit de vérités morales. Erreur : condition de la raison égarée par l'imagination, qui parvient mal à dominer le sensible pour se diriger correctement à travers lui. Faute enfin et mal moral : acte de la raison vaincue et qui consent à sa défaite : de l'esprit qui rend les armes aux appétits inférieurs et se laisse consciemment dominer par eux. De telle sorte que le péché, s'il est renoncement à notre souveraine Béatitude, soit en même temps rupture de l'équilibre interne, et capitulation de la raison devant la révolte des égoïsmes et des passions.

Il faut corriger nos positions. Si l'homme agit humainement dans la mesure où il domine intellectuellement son activité ; si la valeur de ses actes est mesurée par cette domination même ; l'homme, ici-bas, n'est jamais entièrement *personne* et ne domine pas complètement sa nature. S'il en était ainsi, il serait *in termino* et il demeure *viator.*

Car notre vie n'est pas spiritualité acquise, mais effort de spiritualisation ; non pas maîtrise confirmée sur le sensible, mais conquête sur le sens. Nous sommes esprit qui domine la matière, du moins partiellement, et tend à s'en dégager davantage et s'en libérer. Libres sans doute, mais d'une liberté de choix, non de pure spontanéité. Liberté freinée par les déterminismes des choses et en partie par eux limitée. Pour une large part nous dominons la loi de notre nature, et

spontanément en acceptons la nécessité et proclamons l'obligation. Mais pour un reliquat important, nous n'avons pas tiré au clair cette même nature : des servitudes, innées ou acquises, nous retiennent, des ignorances nous aveuglent. Chaînes que péniblement il faut rompre, ténèbres que lentement il faut percer. Mais qui nous aidera, et comment y parvenir ? Et en attendant, comment nous guider ?

3. Premier principe et préceptes premiers.

D'abord, il faut délimiter l'erreur. De même que les premiers principes spéculatifs ne peuvent être ignorés, pareillement les premiers principes d'action. Il est vrai que c'est avoir peu de chose que les posséder. Car s' « il faut faire le bien et éviter le mal » : qu'est-ce que le bien, et qu'est-ce que le mal ? Comment, sur une base aussi étroite, édifier tout l'édifice des devoirs. « Toutes les fois, dira tel juriste éminent, qu'on a voulu dégager du droit naturel des directions plus nettes, ces directions ont été en réalité suggérées par un parti pris religieux ou métaphysique »[1]. Que si la loi naturelle doit innerver toute l'action humaine, être règle et lumière, il faut qu'elle ait plus de consistance et de visibilité.

Remarquons toutefois que cette « loi naturelle » et son premier principe, n'est pas majeure de syllogisme qui interviendrait dans les applications diverses. Elle n'est pas certitude première ancrée au rivage, à partir de laquelle nous pourrions dévider le filin de nos déductions. Elle est le courant profond qui soutient et commande ces déductions mêmes. Elle est lumière intérieure qui se découvre à l'avancement, au fur et à mesure des circonstances où évolue notre activité. Non pas code inné, par conséquent, inscrit au cœur de l'homme avant sa naissance. Mais régulation naturelle, comme est naturelle la régulation des principes premiers spéculatifs. Non pas une formule, appliquée par la raison aux circonstances : pas « forme a priori de l'entendement », pas « catégorie », mais loi. Loi sous laquelle nécessairement sera pensé l'objet, étant

1. CUCHE. *Conférences de Philosophie du Droit*, I. *Le Mirage du Droit naturel*, p. 32.

à la fois loi de l'être et loi de la pensée : loi de la pensée parce que loi de l'être.

Sous cette lumière, en étant immédiatement irradiés, les *praecepta maiora*. Ceux-ci expriment l'essentiel de la nature humaine, et en disent tout ce que l'intelligence, même la moins évoluée, en peut saisir, dès qu'elle réfléchit sur les exigences de l'action. Principes qui valent en toutes circonstances et pour tout le monde, universels et immuables, animant toutes les civilisations et toutes les consciences : en gros, le Décalogue.

4. La société manuductrice.

Encore est-il que très vite nous tombions dans la zone de pénombre, puis d'obscurité complète, d'où ne sortent que lentement, péniblement, individus et Nations. Tellement que des civilisations entières ont pu se développer, n'en saisissant que les infimes rudiments, et pour le reste avilies dans les plus grossières erreurs. Faut-il admettre qu'il y ait une enfance des races comme il y a une enfance des individus, et qui parfois se peut prolonger toute une vie? *Perpetuo amentes*, dirions-nous de certaines peuplades attardées dans leurs formes primitives. Nous serions d'accord, en cela, avec Aristote, qui admettait pour cette raison que des hommes soient esclaves par nature et par destination; et avec les formes les plus récentes de Droit International, qui confie aux Nations « évoluées » des « mandats » sur d'autres groupements humains, incapables de se constituer par eux-mêmes une vie économique et politique.

Tutelle d'enfants, tutelle d'individus, tutelle de races : toujours il faudra, l'individu n'ayant pas atteint son plein épanouissement de personne, que d'autres prennent en charge la fonction de le conduire provisoirement, et partiellement sans lui, à sa propre destinée. Comme il faudra aussi que progressivement, et avec son propre concours, il soit élevé à cette dignité et autonomie. Fonction éducatrice qui dégage l'esprit des entraves de la matière, fonction manuductrice, qui supplée aux insuffisances, au moins provisoires, de l'intelligence et l'aide à trouver sa route : telle est l'assistance de

la société auprès de l'individu. Assistance plus complète, quasi totale au début, qui va s'amenuisant, à mesure que la personne prend possession d'elle-même et domine sa nature; mais qui ne sera jamais abolie : l'homme demeurant âme dans un corps, individu dans une espèce, esprit enténébré de matière.

Ainsi apparaît la nécessité pour tout homme, cultivé ou non, évolué ou non, de s'appuyer, pour découvrir les exigences de sa propre nature, sur l'expérience d'autrui. Par là il est animal social. Car pour vivre sa vie d'homme, pour accomplir sa destinée de personne, pour discerner en lui-même sa loi, pour *devenir* lui-même, il a besoin *d'être fait* lui-même, par les soins et l'autorité du groupement social.

D'où le rôle du « précepte » et des « commandements ». Sans doute la loi naturelle est norme universelle d'action. Nous innervant du dedans, elle s'étend aux derniers confins de notre activité. D'où devrait résulter, si nous étions intelligences pures, que nulle codification positive ne soit nécessaire. L'aperception du devoir serait immédiate, sans erreur et sans hésitation possible, dans tous les cas d'espèce. « Per rationem unusquisque sibi esset rex, sub Christo summo Rege »[1].

Ce qui n'est pas. Aussi bien des normes formulées, des règles pratiques devront suppléer à notre pénétration incomplète du réel, nous diriger pratiquement, illuminer, soutenir notre investigation personnelle. Dans l'ordre spéculatif, pareillement. Tandis qu'une intelligence pure saisirait immédiatement l'être, qui est son objet propre, la raison humaine, discursive, ne conquiert l'être qu'à travers les êtres, pas à pas, par jugements et discours. Encore faut-il, pour une large part, que ces jugements soient procurés, suggérés à la conscience individuelle par l'enseignement. D'où le rôle du Maître. Il ne fournit pas, tout faits, à l'intelligence du disciple, concepts et explications du monde. Il fait trouver; il éveille. Il propose du dehors, mais pour faire comprendre, par une opération immanente et tout originale. Pensée communiquée par le maître au disciple, mais dont celui-ci pourra en toute justice dire qu'elle est sa pensée. Non par transvasement, ni

1. *De Reg. Princ.*, l. I, c. 1.

par imposition, mais parce que, sous la manuduction du maître, il l'a, à son propre compte, réalisée.

Le précepte positif jouera, dans l'ordre de l'action, cette fonction éducative, maïeutique. Ce qu'était le maître au disciple, éveil et suggestion, la société, par l'intermédiaire de la tradition, de la coutume et de la loi le sera pour l'individu. Famille, race, nationalité, groupements intermédiaires auront, pour chacun d'entre nous, cette mission éducative. Illumination, support et suppléance, qui exprime et cristallise les expériences de l'humanité.

5. Préceptes positifs et loi intérieure.

Sans doute, la raison d'être immédiate de la législation est le bien commun de la Cité : prospérité temporelle, ordre juridique, tranquillité intérieure et paix extérieure. Et aussi conditions les meilleures du progrès social, politique et surtout culturel. Mais en définitive, ce sera toujours le Bien commun temporel, qui sera l'objet immédiat de la loi. Toutefois, le cadre juridique lui-même, n'a pas pour unique raison de « faire de l'ordre ». Car cet ordre déjà est pour les personnes qu'il protège dans leur effort de perfection et de maîtrise de soi. Mais surtout il n'est pas seulement cadre, protection extérieure des libertés en vue de l'autonomie intérieure. Il s'insère immédiatement dans le plan moral, dont il est partie intégrante, si la loi positive est elle-même immédiatement morale, étant explicitation, traduction notionnelle de la loi de nature. Si elle est par suite support et orientation de chaque individu dans son effort vers sa fin dernière.

Œuvre de la communauté, le droit positif est codification progressive. Il remplit dans la vie sociale et pour la vie des individus, une fonction de fixité. La loi naturelle dit marche en avant, progrès de l'homme et de l'humanité. Le droit positif dit consolidation de ce qui est acquis : conservation et sécurité. La loi naturelle dit ascension continue de la nature vers sa perfection et son achèvement, dans les individus comme dans les groupes ; le droit positif est l'ensemble des paliers par où passe cette ascension. Par là l'espèce découvre et codifie ses exigences. En même temps, premier soutien offert à l'indi-

vidu : lui montrant la marche à suivre et les passages obligés. Et par son caractère coercitif, il apporte au secours d'une liberté défaillante, à raison de la faible lumière dont elle dispose — car point ne serait besoin de coercition là où la lumière étant totale, la spontanéité serait entière — l'appui d'une pression extérieure qui ne sera pas entrave, mais soutien de l'effort moral intérieur. Supplément d'énergie pour vaincre les forces d'en-bas et monter, lumière offerte à l'esprit pour dominer l'attirance du sensible et de la matière : non pas lien, mais libération, affranchissement de l'esprit captif de la matière.

Il est vrai : le précepte a réifié, solidifié, stabilisé. Mais non pas pour une fonction de mort. Non pas fixation du mouvant, ni vue prise sur le mouvement, mais support de ce mouvement, en vue d'une nouvelle conquête. Ou si quelque chose a été stabilisé, ce n'est ni le mouvant, ni le mouvement, mais le terrain sur lequel il se meut : consolidé, ce qui permet de continuer la marche. Ainsi du reste, de toute vie. Et dans toute science. Toute découverte, victoire de l'esprit sur la matière, se formule en lois, fixe un enrichissement de la pensée : fonction de sécurité pour l'effort scientifique. Mais base consolidée, pour la recherche, qui continue. Le détecteur de Branly a permis Marconi et la télégraphie sans fil; les besoins de celle-ci ont provoqué la lampe triode; qui a fait progresser les théories ondulatoires et électroniques.

Toujours, tendance et dynamisme d'une part, mais qui ne se découvre et ne prend conscience de soi qu'à travers les formules; et toujours d'autre part les formules ne progressent, ne sont enrichissement, n'ont de justification, que par ce dynamisme qu'elles expriment et fixent à la fois. Consolidation de l'acquis, et marche en avant. Mais de telle sorte que l'un ne soit possible que par l'autre, ne s'explique que par l'autre, ne se découvre que dans l'autre : ainsi loi naturelle et précepte positif sont l'un à l'autre comme appétit d'être et connaissance discursive.

CHAPITRE VI

L'HOMME, ANIMAL SOCIAL.

1. Morale individuelle et dynamique sociale.

De cette corrélation de la loi naturelle et de la législation positive il résulte que celle-ci trouve en celle-là sa puissance d'obligation. Car il ne s'agit pas seulement d'une coercition extérieure, telle que la demanderait la simple vie politique. Mais au delà, justifiant cette coercition et lui donnant prise en conscience sur les sujets raisonnables : une véritable obligation morale. Si une loi peut, non seulement en fait, mais en droit, limiter, déterminer l'activité d'une personne humaine, il faut que ce soit au titre de la conscience même. Car la personne, définie par son orientation à une Fin dernière à atteindre, est à ce titre, à ce point inviolable et souveraine, que jamais ni pression sociale, ni contrainte juridique, ni aucune exigence terrestre, sociale ou politique, ne suffirait à constituer une obligation. Vaine serait la « pression » qui ne se fonderait pas ainsi en conscience, car elle serait par là même en dehors de toute moralité. Si la « pression » est, bien autre chose qu'une contrainte extérieure, une nécessité morale affectant une liberté, ce ne peut être qu'au titre de l' « aspiration », élan vital du sujet vers son Souverain Bien.

Il n'y a pas, d'un côté la morale sociale, morale de pression qui serait statique ; et d'autre part la moralité individuelle, aspiration, qui serait dynamique. Car toujours, quels que puissent être les compromis, persisterait l'opposition. Nous ne voyons pas en effet, comment la société pourrait admettre les bonds en avant du Saint, si elle même, progressive, ne se portait de son propre élan vers cette perfection de ses membres. Pas davantage n'apparaît comment l'individu pourrait supporter cette pression de la société, qui le retient et l'opprime, si lui-même n'exigeait qu'elle fût à son effort cette base ferme et cet appui. Ce mouvement pendulaire, d'un refus, puis d'une acceptation ; d'un étonnement, puis d'un contentement, ne

nous paraît pas exprimer le tout, ni l'unité, de cette œuvre d'art et créatrice, qu'est la vie morale.

Car si la société tolère *après coup,* les initiatives du saint, ce ne sera qu'au titre du fait accompli, parce qu'elles auront été, somme toute, des réussites. Mais totalement imprévisibles. Acceptées, parce qu'elles furent heureuses, et qu'il était impossible de faire autrement. Mais non point précontenues dans ce « mouvement » qu'est la vie sociale. Ici, toujours : perpétuel jaillissement d'imprévisibles forces. C'est l'idée même de mouvement qui est en jeu.

Pareillement, si le saint *se résigne* à subir la pression de la société, ce ne peut être qu'*en fait,* parce que, c'est le plus simple et le plus politique. Mais s'il veut sa marche en avant, ce freinage de la société lui doit être intolérable. Que si, réfléchissant, il en accepte l'obligation comme un fait, il ne la reconnaîtra pas comme un droit. Il la subit, et ne l'accepte pas. Et nous voudrions qu'il trouvât dans cet équilibre social et la pression qu'il comporte, une exigence de son mouvement même. De sorte que d'emblée il voulut cette pression, comme d'emblée la société voudrait son élan.

Bref : immanence de l'aspiration, mais immanence de droit, reconnue, exigée par la société, parce qu'elle y reconnaît la condition de son progrès à elle. Transcendance de l'obligation mais transcendance reconnue, exigée par l'individu, parce qu'il y voit l'expression même de sa loi intérieure d'élan vital.

Immanence — transcendance; autonomie — hétéronomie; aspiration — pression; vie individuelle — vie sociale; morale statique — morale dynamique : oui, la vie exige tout cela. Mais dans chacun de ces couples, les éléments sont à ce point intérieurs l'un à l'autre, ils s'exigent à ce point qu'aucun ne soit intelligible sans l'autre.

2. Priorité réciproque.

Priorité réciproque : le groupe est nécessaire à l'individu. Par ses traditions, par son enseignement, par l'éducation qu'il donne, par son degré de civilisation, qui est cristallisation d'une moralité acquise, il aide la personne humaine à prendre

conscience de soi, et découvrir les exigences de sa vie rationnelle. Qu'en serait-il de nous, si chacun devait, livré à lui-même, recomposer de toutes pièces une morale? Mais sans l'aveu de la personne humaine qui voit dans cette « pression » le support et la condition de son élan vital, jamais cette contrainte ne prendrait valeur d'obligation. La société pèse sur ses membres, mais elle n'a, en définitive, d'autorité morale sur eux que cette autorité reconnue. Légitime certes, et avouée. Mais au titre d'une autre autorité, transcendante celle-là, terme de cette aspiration et source de cette pression ce qui est la même chose. Car si l'aspiration contient une nécessité, c'est celle du Souverain Bien qui l'attire et la justifie. Et si la pression contraint, c'est au titre de ce même Souverain Bien dont elle est, avec la société qui pèse, moyen nécessaire. Et ce Dieu souverainement aimé, qui a fait la nature humaine, lui intimant au dedans d'elle-même l'ordre de remonter jusqu'à Lui, confère du même coup à la Société juridiction pour commander impérativement, puisqu'aussi bien cette juridiction est nécessaire à cette remontée. Et toujours le binôme : loi intérieure d'amour et de charité, support; et préceptes, qui l'expriment.

Pareillement, l'individu est nécessaire au groupe. Car si le texte écrit a codifié la loi de nature, et si le degré actuel de civilisation, dans un groupement humain donné, est cristallisation de cette même loi, il y a toujours, au delà de la formule, un reste. Au delà des énonciables, abstraits et universels, où s'exprime le précepte, il y a place, dans l'action humaine, concrète, commandée par les circonstances de temps, de lieu, de personne, pour une initiative méta-juridique et méta-rationnelle. Sous les cadres législatifs, sous l'état actuel des mœurs, pour chaque individu, et chaque fois, chaque action pose un problème totalement nouveau, dont la solution sera totalement originale, et engagera sa responsabilité personnelle. En avant, pour ainsi dire, du code, la jurisprudence construit à l'avancement un progrès juridique, sous l'initiative et la responsabilité des juges. Et chacun de nous, pour son propre usage, construit une jurisprudence qui est en avant de la formule écrite ou de la tradition imposée. Casuistique subjective. Mais dont est fait le progrès de l'humanité.

De ces efforts, en effet, résulte l'évolution du groupe. Le saint n'est pas un criminel qui a réussi. Pas davantage le criminel ne devient saint, parce que, en fait et après coup, la société a fait siennes ses initiatives. Mais celles-ci font réellement avancer le groupement social, parce que d'elles-mêmes, elles l'orientent, lui préparent la voie, l'aident à discerner le sens de sa marche, à la réaliser pratiquement. Car il y a dans nos actions deux aspects : la morale faite, qui assure le présent; et la morale qui se fait, qui anticipe sur l'avenir. L'action sera donc sociologiquement bonne qui d'une part est conforme à la morale définie, exprimant ce que la société a, jusqu'à ce jour, découvert et formulé des exigences de la nature humaine; et d'autre part, organise correctement la morale de demain, préformation qui aide la société à discerner plus profondément, avec plus de délicatesse, les mêmes exigences de notre nature.

3. Quia Homo est animal sociale.

Rien de plus personnel, nous dit-on, que l'affaire de notre salut. Et c'est vrai. Notre conscience est, après Dieu, notre seul juge. Pourtant, nous ne sommes jamais seuls. A-t-on assez redit que l'homme isolé n'est pas possible? Que les plus immédiats et les plus grossiers de ses besoins exigent l'état de société : « ad comparanda ea sine quibus vivere non potest... ad vivendum... ad bene vivendum ». Raisonnements élémentaires. Mais plus profondément encore, car l'homme ne vit pas seulement de pain : impossible de répondre aux plus infimes nécessités de notre vie spirituelle, sans le secours de la société. De sorte que la pression qui tombe sur nous du milieu social ne soit ni gêne, ni contrainte, ni entrave. Bien au contraire : elle est la condition *sine qua non* qui nous permet d'être hommes. Non seulement parallèle de départ à partir de laquelle nous nous élèverions par nos propres moyens; mais appui continu qui soutient notre effort, nous supporte et nous entraîne; et jusque dans notre élan pour la dépasser : « position de l'homme qui se lève, intermédiaire entre l'homme assis et l'homme qui marche », c'est encore la société qui nous épaule.

A vrai dire il n'est pas exagéré de ranger au nombre des *pronunciata maiora* cette formule courante en sociologie thomiste : *homo est animal sociale.* Comme telles majeures classiques, si évidentes qu'on les dirait données premières, elle revient, sûre d'elle-même, introduire une foule de raisonnements métaphysiques, et provoquer, parfois des conclusions inattendues. Devoirs de charité : « l'homme a besoin, pour atteindre sa propre fin, d'être secouru par les autres hommes, à quoi convient excellemment la mutuelle dilection. Et donc, l'homme étant par nature animal social, en vertu de la loi divine, qui conduit chacun à sa fin dernière, nous est prescrite la mutuelle charité ». Devoirs de justice, et tout ce qu'exige la société pour être, tout suppose d'abord que l'homme a besoin, pour son existence, du corps social. Et c'est à partir de cette nécessité que sont fondées toutes ses obligations sociales. La véracité, par exemple, qui est due au titre de la justice, ainsi que l'affabilité. Car sans véracité, pas de vie sociale, et qui pourrait vivre une journée avec une personne plongée dans la tristesse, ou qui ne serait pas aimable? De même la confiance mutuelle, qui relève de la magnanimité : « car en cela se reconnaît une grande âme, qu'elle sache compter sur l'assistance du prochain ». Et invariable revient cette majeure : « Quia homo est animal sociale, naturaliter debet alteri id sine quo societas humana servari non potest » [1].

La formule toutefois n'est pas un postulat. Elle est établie *ex professo*, et veut être soigneusement démontrée : par là commencent les Commentaires de l'Éthique à Nicomaque, de la Politique, et le *de Regimine Principum.*

4. Division du travail.

Tout comme Bergson, un peu avant lui, S. Thomas oppose à l'homme les colonies animales. Parce que dépourvus d'intelligence, qui choisit et se donne, à partir de la connaissance, les éléments de vie qui correspondent à ses besoins, l'animal est muni d'instinct. Instinct irrationnel, et par suite entière-

1. *Contra Gentes*, III, c. 117; 128; 129; *S. T.* II^a. II^{ae}, q. 109, a. 3, ad 1.; q. 114, a. 2, ad 1.

ment déterminé à fournir, par ses seules poussées, ce qu'exige la vie du sujet. Et fût-il grégaire, il restera, quant à son origine, loi aveugle de l'espèce. Ce n'est pas en vue d'un but préconçu ni sur un plan préétabli que se réunissent les colonies d'abeilles. Les tâches fussent-elles nettement distribuées, rien qui ressemble à une « division du travail social ».

C'est en effet précisément l'apparition de l'intelligence qui provoque, dans l'espèce humaine, la « division du travail ». Et notons-le dès l'abord, cela même qui oppose la nature humaine à la nature animale, l'activité humaine à l'activité animale, la raison, est encore ce qui opposera les sociétés humaines aux colonies animales. Sans doute les besoins sont ici infiniment plus variés, requièrent par suite une diversité incomparablement plus étendue dans les emplois. Mais là n'est pas la question. La raison intervenant, et les communications intellectuelles qu'elle établit, par le moyen du langage, pour les échanges d'idées et de services entre individus, la « division du travail » suppléera aux insuffisances de l'instinct. « Il se fait plus de choses, disait Platon, et elles se font mieux, lorsque chacun s'applique à son emploi ». D'où, à l'intérieur du groupe, distinction des métiers.

Division du travail économique en suppléance de l'instinct; bien plus encore, division du travail *culturel*. Peut-être cet autre élément a-t-il été moins aperçu par Durkheim. En tout cas, l'évolution de l'humanité tout entière suppose un autre partage, bien plus vaste, de tâches bien plus importantes. Non seulement nous sommes liés à nos semblables par cette interdépendance qui nous rend fonction les uns des autres, pour tout ce qui touche aux nécessités de la vie matérielle. Mais la vie spirituelle et morale ne nous fait pas moins « animal social ». Et ici nous sommes fonction, premièrement sans doute, de nos contemporains, qui tous s'appliquent, chacun pour sa part, a l'œuvre commune de civilisation. Plus prochainement, parmi ceux-là, nous dépendons de nos nationaux, avec lesquels langue, pensée, âme communes, provoquent un échange infiniment plus intense. Mais la communauté humaine s'étend sur le temps comme sur l'espace. La Patrie est faite de plus de morts que de vivants. Et la civilisation résulte, en un temps donné, de la collaboration organique des diverses cultures

nationales, de la compensation des divers tempéraments nationaux. Nous devons ici intégrer l'espace par le temps, et étendre sur la durée la même convergence des âmes. C'est l'humanité tout entière qui est en marche vers sa propre découverte. Que chacun de nous emploie sa vie à gagner son âme et se réaliser comme esprit : cette vocation nous définit comme hommes. Mais cet effort dépasse de beaucoup les individus, les générations et les races. L'homme est animal social, c'est à dire que de génération en génération, par dessus les âges et par dessus les frontières, le flambeau sacré est remis, et le feu de la spiritualité gagne de proche en proche. S'il y a progrès dans un sens donné, il est résultante de cette continuité dans l'effort. Et de cette unité. Ainsi l'homme n'est pas seulement animal politique, en tant que, hic et nunc, il est enrobé dans telle unité nationale ; mais il est d'abord animal social, en tant que par dessus les vies humaines et les efforts individuels, ces communautés inférieures seront perdurables comme unités sociologiques et culturelles; en tant surtout, qu'au delà de ces unités culturelles et par leur moyen, s'établit une collaboration internationale vers la conquête de l'humanité.

5. Circumincession des personnes.

D'où le rôle du langage. Sa fonction n'est-elle pas d'être instrument d'unité sociale et porteur de collaboration humaine. Par ce qu'il a de meilleur, par sa spiritualité de personne, l'homme est universel. La matière oppose individu à individu, enclòt, divise, sépare : principe d'individuation à l'intérieur de l'espèce, principe d'extériorité matérielle et d'altérité juridique. L'esprit universalise. A mesure qu'il a conquis son âme, intelligence et liberté, sur les déterminismes de la matière, l'homme est devenu « soi » : autonomie. La personne, en lui a conquis la nature et l'a dominée : *sui dominus*. Mais plus il est soi, plus il est humanité, plus il devient universel. Or, cette richesse dégagée d'humanité ne sera communicable, ne deviendra *bien commun,* que dans la mesure où elle pourra être mise en commun. Ce qui est la fonction propre du langage, instrument des échanges spirituels.

Ainsi, à mesure qu'il a gagné son âme, intelligente et libre,

Pierre s'est réalisé comme esprit. Dégageant du déterminisme de la matière et de la tyrannie des choses son autonomie spirituelle, il s'est affirmé comme personne. De même coup il s'est universalisé. Car si l' « animal raisonnable » est une « personne qui n'égale pas intelligiblement sa nature », tout effort de libération de soi est conquête de l'humanité. « Gagner son âme », devenir soi, c'est devenir homme. Par ce qu'il a de plus intime, de plus spirituel aussi, l'homme devient universel, et du même coup exprimable. « Individuum ineffabile », mais « anima est quodammodo omnia ». Que si l'âme est à la fois et tend à être toute richesse, elle est par excellence « diffusivum sui ». Il faut qu'elle acquière et il faut qu'elle donne. Communication qui n'est pas apauvrissement, don qui enrichit; échange et mutuel écoulement des esprits. Où plus on est, plus on se donne; plus on s'affirme, plus on se diffuse. Circumincession qui ne diminue pas, bien au contraire, confirme l'unité, l'intériorité, l'intimité de chacune des personnes. Intimité d'autant plus enrichissante, pour tous et pour chacun, qu'elle est plus universelle. Monnaie d'échange : le langage.

Et voici la conclusion. L'homme est animal social, mais surtout par ce qui le fait le plus homme : par l'esprit. Par suite, ce qu'il a de plus intime, la personnalité qui le fait source autonome d'action et fin en soi, fait qu'il ne puisse travailler à son progrès individuel sans faire avancer l'humanité. Tout gain de la personne est progrès de la race. Vice versa, le plus sûr moyen, et la condition indispensable, à qui veut avancer dans son propre intérêt, est de se plonger activement, consciemment et volontairement dans ce fleuve de progrès cosmique, qu'est l'élan, spontané à la fois et concerté de l'espèce humaine, en marche vers « l'humanité ».

CHAPITRE VII

LA SOCIÉTÉ

1. Le Bien commun.

« Multitudo consociata in communem finem prosequendum ». C'est la formule traditionnelle en scolastique. Et Hauriou, dans ses « ultima verba » définit ainsi l'Institution : « Une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridique-

ment dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion, dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »[1]. Ces deux définitions sont identiques.

Parce qu'il est individu dans une espèce, l'homme est foule. Car si une espèce est une idée, qui est, et qui tend à être, et si l'idée spécifique ne peut être réalisée que reçue, individuée dans une matière, et par là même, limitée ; il suit que l' « humanité » n'existe que par et dans les hommes, qu'aucun homme jamais ne réalise qu'une parcelle d'humanité, et que par suite, pour que l'humanité soit, il faut que les hommes se multiplient. Multiplicité infra-spécifique des individus, qui compense par la réduplication diversifiée du même, ce qu'un exemplaire unique ne pouvait atteindre. Multiplicité statique et dynamique à la fois. Car sans doute l'idée d'homme ne se peut actuer *hic et nunc* que dans la multitude des humains qui aujourd'hui couvrent la surface de la terre. Multiplicité dynamique aussi. Car l'humanité est, et tend à plus être. Par delà les individus qui meurent et qui se succèdent, il y a une continuité progressive d'être, qui ramasse les conquêtes acquises et les transmet. De génération en génération il faut que l'humanité progresse. Marche en avant fort saccadée sans doute, avec des bonds parfois prodigieux, et d'interminables arrêts ; des éclipses et des reculs. Civilisations qui montent, s'épanouissent, atteignent un vertex, puis semblent prêtes à se dissoudre, à disparaître. Tout de même, de cycle en cycle, le progrès est indéniable. Progrès matériel : c'est le xxe siècle de l'ère chrétienne et non l'empire romain qui a connu les emplois industriels de la vapeur, de l'électricité, la radio et qui sait ce que nous prépare demain. Progrès spirituels. Mettons à part l'incommensurable richesse de la révélation chrétienne. L'apport est ici surnaturel, et n'est pas estimable avec nos données simplement humaines. Mais sans hésitation possible, à mesure que les ères se succèdent, l'esprit perce des profondeurs auparavant insoupçonnées.

1. *Théorie de l'Institution et de la Fondation,* dans les *Cahiers de la Nouvelle Journée,* cahier IV, 1925.

2. Idée de But.

Mais pour qu'il y ait progrès, marche en avant, conquête, il faut qu'il y ait un but vers lequel on marche, et pour que ce progrès soit social, il faut que ce but soit commun. Les mots le disent. Une foule n'est pas une communauté. Et il n'y a communauté que là où il y a communion dans une même idée. Toujours nous retrouvons les mêmes nécessités. La matière individue, oppose, sépare et distingue. L'esprit nous rapproche, dans la mesure même où il universalise chacun de nous. Taparelli, déjà l'avait noté : il ne peut y avoir de sociétés qu'entre humains, car si lien social égale unité spirituelle, celle-ci suppose des intelligences qui communient dans une même pensée, des volontés qui poursuivent un but commun. Privilège des biens spirituels d'être indéfiniment communicables; que, plus je les distribue, plus ils sont miens; plus je les possède, plus ils sont « à tous ».

Nous y voici à cette notion de *bien commun*, qui définit toute société : « idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ». Elle est une idée; et il faut que cette idée soit un bien; et que ce bien soit commun. A ce prix, l'Institution sera lien social, unité entre les hommes; du même coup elle représentera la catégorie de la durée et de l'identité, à travers la multiplicité et la succession des individus. Aussi bien, elle sera progrès. Ainsi toute idée institutionnelle, créatrice de réalité sociale. C'est elle qui fait naître les sociétés, groupant autour d'elle, en phénomène d'adhésion, les esprits et les volontés. Et qui les fait durer. Meurent ou disparaissent les individus, la société reste, tant que demeure l'idée qui l'a fait naître. Force est bien de lui reconnaître cette fonction d'identité, qui est unité perdurable, tradition et progrès, car c'est tout un. Ce qui d'abord a groupé des hommes, ce qui leur en adjoint d'autres, ce qui indéfiniment continuera d'attirer les collaborations, c'est toujours cette richesse, bien de famille, patrimoine, trésor, pieusement conservé, qui, remis de mains en mains, de générations en générations, ira s'accroissant toujours. Idée qui est et qui se fait, partiellement réalisée et toute riche

de virtualités à développer dans un imprévisible avenir. Marche en avant, conquête et découverte, mais toujours en continuité de ce qui est acquis.

3. Idée de Bien.

Une idée qui soit d'un bien. Sans doute, puisqu'il s'agit d'une fin à poursuivre en commun, dans une action commune. Or, qui dit fin, qui dit action, dit satisfaction espérée d'un désir, poursuite d'un bien. Mais quel bien? Car innombrables sont les désirs qui veulent, pour être satisfaits, une activité commune. Bien utile? ou bien honnête? Bonté ontologique, ou bonté morale? Et si la vie sociale comprend, en gros, les activités économiques et politiques, ferons-nous de l'économique et de la politique une science de l'utile, sans plus, de telle sorte que si l'activité des hommes est morale, même quand elle s'applique à des fins économiques ou politiques, ce soit à un autre titre que la politique même ou l'économique? Ou bien dirons-nous que le fait même de se réunir, pour poursuivre en commun des fins communes, quelles qu'elles soient, est de soi et d'emblée du domaine de la moralité puisque c'est activité humaine. De telle sorte que les fins mêmes sociales soient, comme telles, morales, dès là qu'elles se proposent à la poursuite des hommes?

Est bien *utile* — bien dans les choses, chose bonne, chose désirable — tout ce qui, d'une façon ou d'une autre, participe du Souverain Bien. Participation : non point constitutif de cette Fin dernière; pas davantage, voie conduisant a cette Fin; moins encore, fin de substitution. Mais chose aimable, et désirée, parce qu'elle porte en elle un reflet du Souverainement Désirable, et Aimé. Au contraire, le bien *moral*, bien honnête, bien d'un sujet agissant et non d'une chose désirée, acte bon et non pas chose bonne — n'est plus un simple reflet pâli de cette Fin. Il participe à ce point de la bonté propre à celle-ci, qu'il en est discerné de tout autre bien. Ce qui suppose qu'il est cette fois moyen, voie qui conduit à la possession effective du Souverain Bien.

Un bien « physique », dont la possession sera un « utile », est un reflet participé du Souverain Bien. Il est, de ce chef, à

titre de succédané, désirable. Il est une chose. Il prendra coloration morale par son intégration dans l'activité d'un sujet moral, dans un acte humain. Honnête ou malhonnête sera l'action par laquelle je le poursuivrai, suivant qu'il sera, ou non, moyen de conquête de Fin dernière. Or, toute activité, dès là qu'elle est humaine, est morale. Et il n'y a pas place pour un acte neutre : ou il est bon, conduisant à la Fin dernière ; ou il est mauvais, l'interdisant. Et donc il est impossible de concevoir aucun acte, économique ou politique, aucune activité sociale, qui ne soit colorée de moralité. Puisqu'aussi bien, c'est l'action d'un homme, des hommes.

Voilà qui semblerait dirimer le débat. Le *Bien commun*, objet de l'activité sociale, est par lui-même une chose, il reste simplement « utile », désirable. Il n'est par soi, ni moral, ni immoral. *L'activité sociale*, au contraire, par laquelle ce bien est poursuivi, est d'emblée morale, bonne ou mauvaise, honnête ou malhonnête. L'économique et le politique sont de l'*utile;* l'activité des hommes qui s'y emploient est de l'*honnête*.

Il reste que la vie sociale est définie par cette poursuite, en commun, de biens. Qu'elle est activité. Alors elle ne peut plus être neutre. Que signifie cette recherche des biens? Et cet « utile » pourrait bien être inutile, voire nuisible s'il est, pour les citoyens, occasion ou cause de leur perte éternelle. Car il n'est qu'une fin qui soit dernière, et toute autre fin n'est co-honestée que par sa relation, ou son ordination à celle-ci. L'utile, par définition même, ne peut être posé en absolu. Le concept en est tout relatif. Utile à quoi? Et pour qui? La prospérité, d'une famille ou d'une Nation, est un bien. Mais l'usage même en est strictement contenu dans les limites de l'activité morale. Qu'est cette utilité, qui est inutilisable? Ou dont l'usage, pire encore, est ma damnation?

4. D'un Bien « Commun ».

Peut-être sera-t-il plus facile de déterminer, maintenant, en quoi ce bien est commun. Il ne sera pas le bien de la collectivité, qui s'opposerait contradictoirement au bien des individus. Car entre la communauté et ses membres, en tant

précisément que par la poursuite de ce bien, ils constituent une unité morale, il n'y a pas altérité, extériorité réciproque des sujets. Le bien de la communauté, par suite, ne limite pas le bien des membres, car c'est leur avantage propre qu'ils poursuivent, en servant la communauté. Pas davantage il n'est la somme algébrique des intérêts individuels, qui ne s'additionnent pas ici, mais composent par leur convergence, une unité supérieure. Par là, et immédiatement, le bien commun, précisément parce qu'il est commun, c'est-à-dire de tous, est transcendant à tous les intérêts particuliers. Il n'est ni le bien de la société, car il leur serait étranger, ni la somme de leurs biens individuels, car il ne leur serait pas commun : il est unité.

Mais de nouveau il ne leur est bien, pour chacun en particulier et pour tous en commun, que dans la mesure où il est simplement bien, c'est-à-dire désirable. Et non seulement comme une chose qu'on aime, mais comme un objet qu'une action commune doit procurer. Mais alors, il ne peut avoir sa valeur de bonté qu'au titre de la fin dernière, propre cette fois, à chaque personne humaine. Ce que chacun poursuit pour son propre compte, ce que tous en commun, veulent réaliser, c'est une plus grande facilité de salut. Aussi bien, tout est là. Prospérité économique, tranquillité de l'État, paix intérieure et paix extérieure, tout prend un sens, tout devient « bon », à ce titre et sous cet angle. C'est, pour chacun, de sa destinée qu'il s'agit. Sinon, de quel droit l'autorité politique viendrait-elle interférer dans mon activité, et limiter ma souveraineté de personne humaine? Au contraire, voici fondée toute autorité légitime, car son commandement, intimation de collaborer au bien commun, est l'ordre de réaliser, pour moi et pour autrui, de meilleures conditions de salut. Transcendant à tous les biens particuliers, le bien commun est subordonné à la fin dernière de chacun. La personne humaine est transcendante à la communauté, comme celle-ci aux individus.

CONCLUSION

Si nos raisonnements sont corrects, nous touchons au but. Une Fin dernière unique, souverain Bien commun, la Vision béatifiante, attire à la fois l'homme et les hommes : chacun de nous pour lui-même, et nous tous, ensemble, pour l'humanité. Aspiration et pression : mouvement unique et unique élan. Car Pierre s'efforçant jour par jour à conquérir son âme, réalise un peu plus chaque jour en lui d'humanité. Plus il se purifie, plus il parfait la race ; et comme le coureur tendu vers le but, par sa performance il ouvre aux siens des voies nouvelles. Futile serait le record établi si n'était conquise en même temps une route impériale, qui permît à l'avenir de meilleurs temps. Mais cet effort ne fut point isolé ; cette victoire a couronné de longues préparations collectives. Pour que fût entrepris ce voyage, patiemment beaucoup d'hommes avaient calculé des résistances, essayé des matériaux, profilé lignes et surfaces, amélioré moteurs et rendements. De tentative en tentative et d'échecs en succès, on avait noté les progrès, tenu registre des résultats et de leurs causes, analysé même les désastres, pour en déceler les raisons. Ce vol transocéanique fut triomphal, mais il récompense à la fois les morts et les vivants. Rigides et contraignantes sont devenues les lois de la construction aéronautique ; que font-elles autre chose, qu'apporter au navigateur futur un instrument plus parfait, ayant codifié tous les enseignements de l'expérience passée ? Pour établir chacune d'elles, il fallut plusieurs vies humaines, afin que nous puissions aujourd'hui, grâce à elles, naviguer presque sans risques.

Ainsi l'homme, à la recherche de Dieu. Contempler, dans une action unique, l'Être qui est tout l'être, l'Être que ne finit pas son essence, l'Acte que ne limite aucune puissance, total et suprême Intelligible, en cela consiste le bonheur parfait de l'esprit, qui est vision béatifiante. Mais cela est de soi impossible à tout esprit qui est encore « *in via* ». *Viator*, il

demeure inachevé, tout encombré de puissance, incapable de vision totalisante. Et fini par nature, composé de puissance et d'acte, il est soumis au devenir, *intellectus componens et dividens*, raison et discours. Il n'est proportionné qu'à des objets limités : *quidditas rei sensibilis*.

Si donc Dieu se doit faire connaître à nous en cette vie mortelle, il ne nous montrera pas son image, mais ses vestiges; non pas l'Être, mais des êtres. Un rappel de Dieu qui ne soit pas Dieu, de l'être qui ne soit pas l'Être subsistant, une diffraction de l'Un dans le multiple : nous ne pourrons voir sur terre que l'être participé dans des essences, multiple unifié. D'où l'exemplarisme divin. Le monde est à l'image, diffractée, de l'Absolu divin, diversifié dans une multiplicité d'essences. Multiple en acte, il attend d'être synthétisé dans une connaissance. Ainsi l'idée divine s'est réifiée dans les choses : à l'esprit humain d'aller la tirer de sa gangue de matière, et la reconstruire dans ce microcosme, sa pensée : « *anima est quodammodo omnia* ». L'univers est pour l'homme et l'homme achève le monde. Car c'est par et à travers les créatures que l'homme retrouve la trace de Dieu « *per ea quae facta sunt intellecta, conspiciuntur* », et la création n'atteint son achèvement qu'en chantant la gloire de Dieu : « *caeli enarrant gloriam Dei* »; mais l'homme lui doit pour cela prêter sa voix.

Tout est pour Dieu, pour sa gloire. Les êtres sont participation de l'Être, et les essences qui les reçoivent en les limitant, disent l'Idée divine, qui dans son unité les contient toutes; source en son identité de leur diversité. Le monde créé est limité, multiple et divers, et tout de même, par cette multiplicité et diversité, reproduit et étale en tableau l'exemplarité divine. Chaque espèce par suite, bien loin d'être fin en soi, s'intègre en l'univers comme partie dans un tout : élément, dessin, trait, ligne, dans un tableau. Et leur hiérarchie rend intelligibles les êtres, si la partie est pour le tout et si « *duplex datur ordo in rebus : tum partium inter se, tum partium ad totum; et hic est principalior, quia primus* ».

Pareillement, l'individu dans l'espèce. Car si toute espèce est une idée réalisée, elle ne se réalise qu'en des individus qui la recevant la limitent, comme la matière limite la forme, comme

la puissance limite l'acte. De sorte que chaque exemplaire individuel ne réalise qu'inachevée l'idée spécifique. D'où leur multiplicité, qui corrige par la réduplication diverse du même ce que chacun a d'incomplet. Dans l'espace, car la forme se réplique *hic et nunc* à travers les individus; et dans le temps, si chacun étant corruptible, leur succession progressive maintient la continuité de l'espèce. Et celle-ci, dans chaque individu comme dans leur ensemble, tend à être. Il est vrai que tout sujet, par son activité, veut actuer ses virtualités formelles : « *forma est perfectio prima, operatio vero est operatio secunda* ». Mais actuation, complément d'être, perfection seconde : l'agir est dégagement progressif de la forme, en élan vers la fin, perfection et achèvement. Et si tout agir a pour fin prochaine la perfection du sujet, celle-ci en définitive était pour une plus complète actuation de l'idée : les individus sont à l'espèce comme la partie est au tout, comme l'espèce est à l'univers : *individua sunt propter speciem, sicut pars propter totum*.

Ainsi l'humanité dans l'univers, l'homme dans l'humanité. Seulement, *en outre*, il y a ceci. Tout l'effort des choses était, par leur élan vers leur perfection propre, de reconstruire le tableau où se réflète une image de Dieu; mais la créature raisonnable monte à Dieu tout droit, par la connaissance et par l'amour. Par la connaissance, qui est assimilation, par l'amour qui est directe adhésion. Mais, ne pouvant ici-bas voir Dieu face à face, il le faut découvrir en son ouvrage, retrouver l'idée divine sous l'œuvre de Dieu. Aussi bien, si chaque chose est pour l'univers, l'univers est pour l'homme. A mesure qu'il connaît le monde, il en reconstruit l'idée, reconnaît sous le dessin l'artiste. Et tant que l'univers n'était que lui-même il demeurait une idée diffractée, un multiple non unifié. Mais la connaissance humaine, qui tend à l'unité, rapproche ces morceaux, en reconstruit, sinon l'unité, du moins la synthèse. « *Pars est propter totum* » : mais ce tout, c'est par notre connaissance qu'il est lié.

Et pour l'homme, connaître, c'est gagner son âme, à travers les choses remonter à Dieu. De sorte que si, contemplant le monde il l'achève, ce faisant il se réalise lui-même, comme esprit. D'où ce caractère nouveau, que parmi les créatures

matérielles, l'individu était totalement régi par le déterminisme de sa nature, moins agissant qu' « agi ». L'homme par l'intelligence et par la volonté domine sa nature, discerne et se dicte sa propre loi. Car la personne, étant spirituelle, juge son acte. Dynamisme qui se connaît comme tel, élan qui connaît son terme, mobile intelligent, qui connaît et juge sa propre trajectoire, à mesure qu'il la poursuit, et à ce titre la juge : tel est l'homme. Alors que le « grave » subit la loi de sa nature, qui est de tomber, la personne juge la loi de son espèce, pour y intégrer tous les éléments de sa vie propre. Nous introduisons chacun de nos actes, pour avoir vu comment tel bien peut devenir notre bien, nous servant à construire notre vie personnelle. L'individu matériel était emprisonné dans le déterminisme; la personne est spirituelle. Elle domine intellectuellement la donnée où plonge son activité propre. Au milieu d'une infinité de déterminations possibles *hic et nunc*, c'est elle en définitive qui se donnera telle action et non telle autre, tel comportement de préférence à tout autre. Et la liberté consiste en ceci : qu'ayant jugé par rapport à ma fin dernière de la convenance de telle action, c'est *proprio motu* que je l'introduirai dans ma vie.

Tout cela « à la limite ». Car l'homme n'est pas esprit pur, et n'est pas, par suite, *absolument* personne. Il ne domine qu'imparfaitement sa nature, n'étant pas pleinement dégagé de la matière et de ses conditions. Il est esprit, et il est chair; il est intelligence, et il est plongé dans le sensible. Il est personne qui se possède à la fois et se conquiert; liberté, qui s'affranchit progressivement. Personne et individu, il est fin en soi et animal social. L'un et l'autre, indivisiblement. Tout acte de l'individu appartient à la personne; toute conquête de la personne sert l'espèce; tout progrès de l'humanité retentit au bien de la personne.

Et si la personne se conquiert progressivement sur les déterminismes de la matière à cette libération toute l'humanité travaille. Spiritualisation progressive : toute la morale est là. Mais de la famille à la patrie, de la patrie à l'humanité, tout concourt à cette longue gestation, qui est éducation, s'il est vrai que les enfants sont dans la famille « *quasi in utero spirituali* ». Collaboration de mon entourage immé-

diat; de mon milieu social; de ce climat spirituel qu'est ma patrie; de cet effort de civilisation qu'a cristallisé l'humanité; tout fait de moi un homme. C'est par l'effort de chacun de nous que l'humanité progresse : morale d'aspiration; et par la manuduction de l'humanité chacun de nous découvre sa propre loi : morale de pression. L'une et l'autre sont double aspect d'un même élan : l'effort de chaque homme et de tous les hommes, présents, passés et futurs, à travers l'univers créé qui par là s'achève en nous servant de piédestal, vers la divine Vision, béatitude personnelle et Souverain Bien Commun.

Jersey.

G. Jarlot.

L'INSTITUTION

SA NATURE, SES ESPÈCES, LES PROBLÈMES QU'ELLE POSE!

Tous les juristes contemporains se plaignent de l'anarchie qui règne dans le vocabulaire juridique. Cette anarchie est grande en effet. Les équivoques ne manquent pas : le mot « droit » lui-même en recouvre quelque demi-douzaine. N'est-il pas « à la fois synonyme de contrainte et de liberté, de devoir et de pouvoir, de limite apportée et de marge abandonnée à notre activité »? (P. Cuche). Duguit en fait l'aveu : « impossible, dit-il, de discuter avec Carré de Malberg, nous ne parlons pas la même langue ». C'est pourquoi, en attendant que les sciences juridiques aient leur « Vocabulaire juridique » comme les sciences philosophiques ont leur « Vocabulaire philosophique », chacun sera tenu de préciser le sens des mots qu'il emploie et de s'y tenir. Si, de plus, ces définitions sont « commodes », si elles permettent de mieux analyser le réel, et de mieux énoncer les problèmes, elles auront rendu un immense service.

Nature.

En soi, fondamentalement, l'institution est un phénomène social. Le philosophe et le juriste peuvent l'étudier pour leur compte et à leur point de vue : mais il appartient d'abord au sociologue. Il en est de l'institution comme de l'acte libre. Celui-ci est d'abord un acte de volonté. Le philosophe, pour en rechercher les conditions *a priori*, le juriste pour en expliquer les effets de droit peuvent les soumettre à leurs investigations, mais, comme fait, il appartient au psychologue.

I

Supposons un riche propriétaire qui va mourir sans héritiers. Effrayé à la pensée que tout son patrimoine va tomber dans les

caisses du fisc il fait venir son notaire pour lui dicter son testament. « Je désire, lui dit-il, laisser cent mille francs à ma vieille servante, assurer ses derniers jours, et affecter les millions, qui restent, à la création et à l'entretien d'une école pour les enfants pauvres de la commune ». Supposons aussi, puisque l'exemple le demande, que la législation de ce philanthrope reconnaisse les fondations charitables perpétuelles. Étant donnés cette déclaration et ce droit positif, le notaire va répondre à son client qu'il a deux moyens — deux techniques — pour faire exécuter ses dernières volontés : il peut instituer sa gouvernante légataire universelle de tous ses biens meubles et immeubles, à charge par elle d'affecter tout l'héritage à la création de l'école, moins cent mille francs de capital qu'elle pourra conserver, et une rente plus ou moins considérable, fixe ou variable, à prélever chaque année sur les revenus pour se dédommager de ses frais et de ses peines ; il peut encore, s'il préfère, abandonner cent mille francs exempts de charges à sa vieille servante et exiger qu'avec les millions, il soit institué une fondation proprement dite. Si le testataire opte pour la première solution, la propriété de la légataire universelle sera une propriété privée avec charge sociale. Dès lors, selon le côté par lequel nous regarderons cette propriété, nous lui trouverons finalité individuelle puisqu'elle est un droit subjectif, ou finalité sociale, puisque ce droit subjectif lui-même est grevé d'une charge sociale. Mais si notre testataire opte pour la deuxième solution, la charge sociale devient autonome ; elle n'est plus greffée sur un droit subjectif, dont toute la réalité s'amenuise parfois jusqu'à n'être plus qu'un porte-greffe, c'est-à-dire ici porte-fonction : la charge sociale se suffit à elle-même : elle se détache de tout « sujet d'inhésion » pour vivre de sa vie propre et objective. Quant au propriétaire, il disparaît pour faire place à un administrateur, c'est-à-dire à un personnage chargé de gérer la fonction, bref à un fonctionnaire, au sens large du terme. Pour réaliser une même idée d'œuvre, le droit positif nous offre donc deux moyens ou deux techniques : la technique du droit subjectif et la technique de la fonction autonome.

C'est un problème longuement débattu en économie politique de savoir s'il faut soumettre les services municipaux au régime

de la concession ou à celui de la régie directe. Dans la régie directe, la municipalité assume elle-même la direction de l'entreprise; elle fournit le capital; elle possède la propriété des meubles et des immeubles; elle exploite l'entreprise avec ses propres agents. En principe, elle ne fera pas de bénéfices : car l'idée directrice du service public[1] n'est pas le profit personnel comme dans l'entreprise capitaliste, mais le service du public. Si elle poursuit néanmoins un bénéfice, celui-ci n'est pas un vrai bénéfice capitaliste ou profit : c'est un impôt. Dans la concession, la municipalité n'assure rien par elle-même; elle « concède » le service public à un entrepreneur privé. C'est lui qui en assumera la direction, la responsabilité, les profits et les risques. Mais le droit du concessionnaire — comme le droit de notre légataire universelle — est grevé d'une charge sociale, qui est inscrite dans le « cahier des charges ». En résumé, nous avons d'une part des fonctionnaires qui assument un service public et d'autre part un sujet de droit qui est autorisé à rechercher un profit personnel *à charge* par lui de poursuivre et de réaliser aussi un intérêt collectif; ou encore, d'une part, un service public qui se suffit à lui-même et qui vit d'une vie propre et objective, d'autre part, un service public, qui, à l'exemple des parasites, vit de la vie des autres et ne peut s'en détacher sans périr. Ici encore, deux techniques pour la réalisation d'une même idée sociale objective : une technique à base de droit subjectif, une technique à base de fonction autonome.

Sous les premiers Capétiens, comme jadis sous les Mérovingiens, ce sont encore les officiers domestiques du prince qui sont les ministres du royaume. Il y a toujours un Sénéchal, un Connétable, un Chambellan. Avec leur nom, tous ces personnages gardent quelque chose de leur première origine, domestique et familiale : ils sont et demeurent beaucoup plus les ministres du Roi que les ministres de la Nation. Jusqu'à la fin de l'Ancien régime, le Procureur du Roi fut un mandataire de sa Majesté; il fut, comme son nom l'indique, la personne qui en représente une autre en justice. Sans doute, sa fonction a profondément évolué depuis le XIII[e] siècle, qui le voit appa-

1. Nous disons à dessein service public et non pas entreprise municipale.

raître, jusqu'au XVIIIe, qui le voit disparaître avec la monarchie; mais, à toutes les époques, il agit au nom d'un pouvoir reçu ou délégué. Il faudrait en dire autant des Prévôts, des Baillis et même des Intendants. A tous les degrés de la hiérarchie, le service public, et, par le service public le bien commun national, est assuré par du pouvoir délégué qui émane du pouvoir royal, lequel viendrait directement ou indirectement de Dieu. Le premier acte de la Révolution fut de passer à la Nation le pouvoir de la Dynastie. Mais la Nation est en train de le perdre, à moins qu'elle ne l'ait déjà perdu. Personne ne croit plus que le Procureur de la République est le mandataire de... « Marianne » : le Procureur de la République n'est plus un représentant, il est un fonctionnaire qui exerce le ministère public. Aucun parlementaire, même s'il est député, ne croit aujourd'hui dans son for intérieur qu'il est le « mandataire » ou le « représentant de la Nation » ; il le dira peut-être à ses électeurs; il leur dira même qu'il est « leur » mandataire. S'il fait attention à ses paroles, ce député est un menteur, puisque le mandat impératif est interdit en France. Nous ne dirons pas que nos parlementaires sont des fonctionnaires, car une pareille expression prêterait à confusion; mais il faut dire qu'ils exercent une fonction. Pour la réalisation de la chose publique, nous avons encore deux techniques : la technique du mandataire, c'est la technique du droit subjectif, et la technique du fonctionnaire, c'est la technique de la fonction autonome.

Si nous poursuivons notre ascension, nous arrivons à l'État. Or, l'histoire du droit nous apprend que celui-ci a connu la technique-droit avant de connaître la technique-fonction. Il faudrait même dire qu'il a connu une troisième technique si l'État féodal a été un État. Avec l'Ancien régime, nous trouvons un prince, une communauté, un bien commun, des règles ou lois. Dans la France contemporaine, il en est encore ainsi; mais, entre l'Ancien régime et la IIIe République, il y a une différence profonde dans la façon de concevoir tout cela. Il y a deux façons, en effet, d'expliquer le rôle de prince : le prince peut commander parce *qu'il exerce une fonction publique :* ce qui justifie ses lois, c'est leur relation au bien commun à réaliser; mais le prince peut aussi commander parce *qu'il en a reçu le droit :* ce qui justifie ses lois, c'est ce droit lui-même : c'est

sa qualité de prince; qualité qui se reçoit et qui se transmet à la manière d'une propriété. Sans doute, ce droit est pour la fonction que le prince est chargé de remplir; mais cette fonction, il ne la gère plus comme un fonctionnaire; il la gère comme un légataire qui s'acquitte des charges grevant son héritage, comme un concessionnaire qui réalise le bien commun en réalisant des profits personnels. Dans le premier cas, la légitimité est finale : le prince est légitimité par ce vers quoi il tend : le bien commun. Dans le deuxième cas, la légitimité est causale ou causée : le prince est légititimé par ce de quoi il procède : une dynastie, un sacre. Il est facile de reconnaître dans cette opposition les deux grandes théories de l'autorité : la théorie de l'autorité-droit et la théorie de l'autorité-fonction. Il ne faut pas les opposer, il ne faut pas davantage les doser; il faut les unir dans une synthèse assez vaste pour rendre compte de l'une et de l'autre. Quoi qu'il en soit du problème philosophique, l'histoire nous présente toujours l'autorité avec le dynamisme de l'une ou de l'autre théorie. L'Ancien régime n'a guère utilisé que l'autorité-pouvoir. Sous le régime de la patrimonialité mérovingienne et de la « Charte octroyée », c'est l'évidence même. La guerre de Cent ans et les guerres dynastiques ne s'expliqueraient pas sans autorité-droit. Les États modernes utilisent plus volontiers l'autorité-service : et c'est pourquoi lorsque cet État est une République comme la République française, il devient presque impossible de dire en quoi une « Quatrième République française » pourrait être illégitime par rapport à la Troisième. On voit très bien comment elle pourrait être anticonstitutionnelle; mais à moins de confondre légitimité et constitutionnalité, on voit très mal comment elle serait illégitime, à supposer qu'elle cherche à réaliser le bien commun. L'histoire contemporaine nous montre de moins en moins des gouvernements de fait; mais elle nous montre de plus en plus des « gouvernements provisoires ». Il y a une nuance. Concluons : ici encore, nous avons deux techniques : la technique du pouvoir personnel, grevé d'une charge sociale et la technique de la fonction autonome.

La technique-droit pour la réalisation d'une fin sociale est la mise en œuvre de cette fin par *l'intermédiaire* d'un droit

subjectif. La technique-fonction pour la réalisation d'une fin sociale est la mise en œuvre de cette idée par le *moyen direct* d'une fonction autonome.

S'il y a quelque part de l'institution et de l'institution-chose, il doit y en avoir dans les faits que nous venons de grouper. Plusieurs auteurs estimeraient même qu'il y en a sous la technique-droit et sous la technique-fonction. Ne nous battons pas pour des mots. Mais si l'on veut voir clair dans les problèmes institutionnels, il faut un vocabulaire précis. Pour nous, il n'y aura institution qu'avec la technique-fonction.

Le phénomène institutionnel se trouvant ainsi isolé, il est facile de l'analyser et de le définir.

II

A. Cette série d'observations, nous impose une double distinction : la première est la distinction banale entre fins ou moyens, ou pour parler le langage des juristes, entre idées sociales à réaliser et voies et moyens propres à les réaliser. La seconde est la distinction beaucoup plus technique entre droit subjectif et fonction objective.

1. Les fondations charitables, les services publics, les fonctions publiques, l'Etat, sont des institutions, quand il y a fonction autonome. Tel est notre point de départ. On aperçoit aussitôt que toutes les techniques ne sont pas institutionnelles.

a) L'épicier du coin vend du café et du sucre pour réaliser un bénéfice. Le constructeur d'automobiles abaisse ses prix de revient pour augmenter le profit. Mais l'un et l'autre sont mus par une fin individuelle. Ce n'est pas à vrai dire une idée, encore moins une idée sociale — qu'ils cherchent à réaliser; c'est un intérêt personnel qu'ils poursuivent. Dans l'institution, au contraire, c'est toujours un intérêt collectif, c'est-à-dire une idée sociale à réaliser, ou encore un bien commun plus ou moins vaste qui est le moteur de l'activité.

Lorsque notre riche propriétaire veut donner cent mille francs à sa vieille servante, il ne fonde aucune institution. Au contraire, lorsqu'il affecte ses millions à la fondation de l'école, il fonde une institution, même lorsqu'il agit par amour-propre.

L'égoïsme ne fait pas les fins individuelles, ni l'altruisme les fins sociales : il y a fin individuelle quand l'activité est *ratione personae* et fin sociale quand l'activité est *ratione materiae*. L'activité *ratione personae* est mise en œuvre par un intérêt individuel et individualisé ; l'activité *ratione materiae* est mise en œuvre par un intérêt plus ou moins collectif, qui s'exprime par une idée. A sa limite de généralisation, l'intérêt fait l'objet d'un devoir. La technique-fonction n'en connaît pas d'autre.

Même dans le cadre d'une activité *ratione materiae*, toute finalité n'est pas institutionnelle. La déclaration d'historicité d'un monument, la déclaration d'utilité publique d'une voie ferrée stratégique à construire, le déplacement d'un marché peuvent être (et sont en fait) poursuivis pour une multitude d'intérêts *ratione materiae* ou *ratione personae*. Le ministre des Beaux-Arts peut désirer le classement d'une vieille église romane pour sa valeur architecturale, le syndicat d'initiative pour attirer les touristes, le curé de la paroisse pour les grosses réparations que le maire lui refusait, et le député radical pour s'assurer quelques voix modérées dans sa lutte contre le nouveau candidat socialiste. Toutes ces fins ne sont pas institutionnelles. Une seule peut l'être : la fin poursuivie par le ministère : car, premièrement, elle est sociale, c'est-à-dire *ratione materiae ;* secondement, elle correspond à la technique qui la soutient. Il en est de même pour la voie ferrée : le ministre de la Guerre en poursuivra la déclaration au nom de la défense nationale ; tous les élus de la région y joindront la défense régionale ; et le syndicat d'initiative, les profits commerciaux qui peuvent en résulter. Notre voie ferrée réalisera donc trois fins ; mais une seule sera institutionnelle : la fin du ministre, car elle seule est une fin sociale, en harmonie avec les voies et moyens qui la protègent et qui la servent.

b) Pour réaliser une idée sociale, il faut des voies et moyens : c'est une vérité d'expérience. Ces voies et moyens sont nombreux : il y a des règles, des contraintes, des sanctions, des pouvoirs, un ou des patrimoines, etc. L'ensemble des voies et moyens qui sont au service d'une idée sociale, constituent la technique de cette idée.

L'étude de ces moyens est à remettre à plus tard, car elle suppose les notions de droit subjectif et de fonction objective.

2° La deuxième distinction nous est imposée par l'opposition des deux techniques ou plutôt par l'opposition du droit subjectif et de la fonction objective. Voilà bien en effet deux expressions à définir.

a) Commençons par les adjectifs.

Tout le monde connaît ce fameux texte de Durkheim :

Quand je m'acquitte de ma tâche de frère, d'époux ou de citoyen, quand j'exécute les engagements que j'ai contractés, je remplis des devoirs qui sont définis, en dehors de moi et de mes actes, dans le droit et dans les mœurs. Alors même qu'ils sont d'accord avec mes sentiments propres et que j'en sens intérieurement la réalité, celle-ci ne laisse pas d'être objective; car ce n'est pas moi qui les ai faits, mais je les ai reçus par l'éducation. Que de fois, d'ailleurs, il arrive que nous ignorons le détail des obligations qui nous incombent et que, pour les connaître, il nous faut consulter le Code et ses interprètes autorisés!... Qu'on prenne les uns après les autres tous les membres dont est composée la société, ce qui précède pourra être répété à propos de chacun d'eux. Voilà donc des manières d'agir, de penser et de sentir qui présentent cette remarquable propriété qu'elles existent en dehors des consciences individuelles [1].

Telle en effet l'objectivité sociale : il y a dans la société des hommes « des manières d'agir, de penser et de sentir » auxquelles leur volonté individuelle se heurte à chaque instant, il y a des obstacles devant lesquels elle doit s'incliner. Tout fait social est, au sens étymologique du terme, un « ob-jet ».

Si nous envisageons l'objectivité sociale sous son aspect dynamique, celle-ci ne sera plus une simple barrière infranchissable, mais bien plutôt une source d'énergie. Écoutons encore Durkheim :

Non seulement ces types de conduite ou de pensée sont extérieurs à l'individu, mais ils sont doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle ils s'imposent à lui, qu'il le veuille ou non. Sans doute, quand je m'y conforme de mon plein gré, cette coercition ne se fait pas ou se fait peu sentir, étant inutile. Mais elle n'en est pas moins un caractère intrinsèque de ces faits, et la preuve, c'est qu'elle s'affirme dès que je tente de résister. Si j'essaye de violer les règles du droit, elles réagissent contre moi de manière à empêcher mon acte s'il est temps, ou à l'annuler et à le rétablir sous sa forme normale s'il est accompli et réparable, ou à me le faire expier s'il ne peut être réparé autrement [2].

1. E. DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 5e édition, p. 6.
2. E. DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode Sociologique*, 5e édition, p. 6-7.

A l'objectivité s'oppose la *subjectivité*. Le phénomène social subjectif sera donc celui qui ne peut exister sans le secours d'une volonté individuelle *déterminée*, qui le maintient dans la réalité sociale. L'adjectif *déterminé* est indispensable, puisque le phénomène social subjectif n'est en somme que le prolongement de la personnalité.

Les dispositions testamentaires dites de dernière volonté[1] sont des phénomènes sociaux subjectifs. Elles se rattachent, en effet, au bon plaisir du *de cujus* et n'ont d'existence légale que dans sa volonté et par sa volonté : ce que cette volonté a fait, cette même volonté peut le défaire. Le dernier testament annule les précédents.

Il en est de même de la propriété privée. Si on l'oppose à la propriété institutionnelle, elle se caractérise par sa liaison étroite avec une personne déterminée. Ne l'a-t-on pas définie : « le pouvoir moral de disposer d'une chose comme de sa propre personne[2] »?

Tels sont l'objectivisme et le subjectivisme des sociologues, car il y a d'autres objectivismes et d'autres subjectivismes.

L'objectivisme des sociologues est donc tout ce qui dans la vie sociale se maintient sans le secours d'une volonté déterminée. L'objectivisme ainsi entendu n'est pas autre chose que la « contrainte sociale » de Durkheim, dépouillée de toute interprétation métaphysique. Les juristes parleront de cet objectivisme lorsqu'ils essaieront de définir l'institution comme phénomène social.

L'objectivisme des philosophes est tout ce qui, dans la vie morale, se maintient sans le secours d'une volonté déterminée : tout ce qui est antérieur et supérieur aux volontés individuelles. L'objectivisme ainsi entendu n'est pas autre chose que « l'impératif catégorique ». Les juristes parleront de cet objectivisme lorsqu'ils chercheront le fondement du droit. Tel est sans doute l'objectivisme de Duguit : tel est sûrement celui de M. Le Fur puisqu'il écrit « le droit objectif ou naturel ».

L'objectivisme des juristes est tout ce qui dans la vie juridique, ou dans l'ordonnancement juridique positif, se maintient sans

1. Exemple de situation subjective cité par Hauriou.
2. A. Valensin, *Traité du Droit Naturel*, Tome II, p. 30.

le secours d'une volonté déterminée. L'objectivisme ainsi entendu est de l'objectivisme social légalisé. Les juristes parleront de cet objectivisme lorsqu'ils interpréteront l'article 1384 C. civ., l'enrichissement sans cause, le recours en annulation devant le Conseil d'État, etc.

Etant donné ces trois objectivismes, il est facile de retrouver les trois subjectivismes correspondants.

b) La définition des substantifs est encore plus importante : car le vocabulaire des juristes n'est pas toujours celui des philosophes.

Pour les philosophes, l'expression « droit subjectif » — un droit subjectif — désigne le pouvoir de faire son devoir. Le droit à une vie honnête est un droit subjectif appartenant à tout homme venant en ce monde. Le droit de remplir sa fonction est un droit subjectif appartenant à tout fonctionnaire. Pour le juriste au contraire, le droit de remplir sa fonction n'est pas un droit subjectif : c'est un droit objectif. Pour eux, en effet, le mot droit, sans adjectif, suffit à désigner le pouvoir que confère le devoir. Lorsque ce pouvoir a pour but la protection d'un intérêt personnel, soutenu par une volonté déterminée, il y a droit subjectif. Lorsque ce pouvoir a pour but la protection d'un intérêt humain, existant en dehors d'une volonté déterminée, lorsqu'il vise à protéger une collectivité ou certaines catégories de gens à définir, il y a droit objectif : le droit du fonctionnaire à remplir son devoir est un droit objectif[1]. La définition des juristes est donc beaucoup plus stricte que celle des philosophes.

Un deuxième critère vient opposer encore le droit subjectif et le droit objectif des juristes. Qu'il s'agisse de la morale ou du *jus*, l'idée de droit — un droit — éveille l'idée de liberté. Rejeter cette idée, c'est abandonner l'idée de droit-pouvoir pour adopter celle de droit-règle ou celle de devoir. Dès lors,

1. Hauriou parle plus volontiers de droit-intérêt et de droit-fonction. M. Cuche critique ce vocabulaire, avec raison. « Au fond, dit-il, tout droit repose sur un intérêt et les partisans les plus résolus du droit-fonction ne peuvent en disconvenir, car l'exercice même d'une fonction ne peut avoir pour but que d'assurer la satisfaction d'un intérêt. L'opposition ne doit donc pas être faite entre le droit-intérêt et le droit-fonction, mais entre le droit, organe de défense de l'intérêt exclusif du sujet de droit, et le droit, organe de défense des intérêts collectifs », c'est-à-dire en somme entre les droits subjectifs et les droits objectifs. P. Cuche, *En lisant les juristes philosophes*, p. 118.

toute activité de l'homme ou du citoyen, l'observation du Décalogue comme la recherche du profit capitaliste, pose au juge et au législateur une grave question. Cette activité, faut-il la classer sous le principe « est permis ce qui n'est pas défendu », ou sous le principe inverse « est permis ce qui est imposé »? La définition de tout droit, objectif ou subjectif, est donc inséparable de la notion de liberté. Mais tandis que les droits subjectifs revendiquent le premier principe ou sa forme atténuée « n'est permis que ce qui est autorisé »[1], les droits objectifs ne peuvent prétendre qu'au second principe.

La morale traditionnelle distingue généralement trois espèces de devoirs : les devoirs envers Dieu, les devoirs envers le prochain, et les devoirs envers nous-mêmes. Les fonctions sociales ou juridiques se rattachent aux devoirs envers le prochain. Mais en général, on n'appelle pas fonction tout devoir envers autrui. L'homme est d'abord une personne intelligente et libre; il possède une « éminente dignité », qu'il doit respecter en lui-même et en autrui. Voilà donc un premier groupe de devoirs envers les autres : ils forment l'essentiel du Décalogue et du Code pénal.

« Homicide point ne seras ».

« L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre ». C. Pén., art. 295. « Le meurtre emportera la peine de mort lorsque... » C. Pén., art. 304. — L'homme est aussi un être social; il ne peut vivre qu'en société : hier la famille, le clan, la tribu; aujourd'hui l'État; et il ne peut vivre qu'en société parce que ses intérêts généraux doivent être poursuivis en commun. Voilà donc un deuxième groupe de devoirs envers les autres; ils ne visent pas immédiatement la personne d'autrui; ils ne la visent que médiatement par l'intermédiaire des intérêts généraux. Nous savons comment on poursuit ces intérêts généraux et comment ils mettent en œuvre des « *ministeria* » c'est-à-dire des fonctions.

« Le mot fonction implique une société organisée qui pratique la division du travail. Dans les sociétés primitives, chacun

1. Ne dit-on pas indifféremment droits individuels ou libertés individuelles?

travaille pour soi, personne *ne fonctionne*. La fonction est une activité dépensée au service des autres »[1].

Le « droit objectif » est donc l'envers de la fonction : l'un et l'autre désignent la même réalité, mais ils ne la désignent pas au même point de vue. On dirait en philosophie scolastique qu'ils ont même objet matériel, mais qu'ils n'ont pas même objet formel, car la fonction fait abstraction de la liberté.

B. Ces analyses nous permettent de tenter une première définition, purement descriptive. *L'institution est une finalité sociale et une objectivité sociale pleinement développée*. Elles nous permettent ainsi d'en indiquer brièvement le contenu.

1° La finalité sociale est essentielle au phénomène de technique-fonction. Elle est donc essentielle au phénomène institutionnel. Les modes étant des phénomènes sociaux de contrainte collective, on pourra dire avec Durkheim que les modes sont des faits sociaux objectifs, mais on refusera d'appeler institutions ces mêmes faits sociaux puisqu'ils ne réalisent aucune fin sociale. Par contre, on reconnaîtra une tenue institutionnelle dans l'épée de l'académicien, la toge du magistrat ou l'écharpe tricolore de M. le Maire, s'il y a en elles quelque technique-fonction qui mette en œuvre leur finalité sociale.

Cette distinction entre fait social et institution ne préjuge pas *a priori* de la question du déterminisme social. Qu'il existe ou qu'il n'existe pas, on pourra toujours distinguer, expéri-

1. P. Cuche, *En lisant les juristes philosophes*, p. 118.

Le vocabulaire de M. G. Morin est un peu différent, mais la pensée reste la même. « Pour nous, les pouvoirs reconnus aux hommes sont de deux natures : il y a des droits et il y a des fonctions.

Le droit, c'est une liberté dans l'intérêt de son titulaire.

La fonction, c'est une obligation au service de personnes autres que le fonctionnaire. Tous les pouvoirs de l'homme ne rentrent pas, d'ailleurs, nécessairement dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

Il y a des situations intermédiaires, des pouvoirs qui participent tout à la fois de la nature du droit et de celle de la fonction ».

G. Morin, *L'abus du Droit et les relations du Réel et des Concepts dans le domaine juridique*. « Revue de Métaphysique et de Morale », avril-juin 1929, p. 279.

Si la fonction est un « pouvoir » elle n'est pas une obligation passive, les deux termes sont généralement exclusifs. D'autre part, il semble bien que, pour M. G. Morin, tout droit soit subjectif.

mentalement, les phénomènes de contrainte qui réalisent un *consensus* social et ceux qui juxtaposent des similitudes.

2° Si nous revenons à nos exemples du début, nous verrons encore qu'ils contiennent tous de l'objectivité sociale, et dans l'idée directrice et dans les techniques juridiques.

a) Toute idée sociale à réaliser est objective. Avant nous, on a poursuivi le bien commun; avant nous, on a châtié les criminels; avant nous, on a essayé de faire du bien aux pauvres, aux infirmes, aux incurables et aux vieillards. Aujourd'hui, avec nous ou contre nous, le gouvernement poursuit sa tâche collective; le code pénal est mis en application, les organismes d'assistance et de prévoyance continuent leur œuvre de secours. Demain et après nous, les pouvoirs publics poursuivront encore le bien commun des citoyens; le Procureur de la République ou son successeur demandera le châtiment des coupables; et les incertitudes de la vie que l'assurance ne peut prévoir demanderont encore du dévouement.

Certes.

Il n'est pas douteux que l'idée objective ne sera pas classée dans toutes les mémoires avec la même interprétation. Il faut distinguer soigneusement l'idée, envisagée en elle-même, et les concepts subjectifs par l'intermédiaire desquels elle est perçue par les esprits. Chaque esprit réagit sur l'idée et s'en fait un concept. Les thèmes éternels de la passion, aux prises avec le devoir ou la raison, ne sont pas traités par Racine comme ils l'avaient été par Sophocle ou Euripide; une tragédie de Racine n'est ni jouée, ni comprise au xxe siècle de la même façon qu'au xviie siècle. Il en est de même de l'idéal de la justice, il a été conçu de bien des façons successives. On ne peut pas dire qu'il n'y ait rien de persistant, de réel et d'objectif dans l'idée de la justice, pas plus que dans celle du devoir, ou dans celle de l'amour [1].

1. M. Hauriou, « La Théorie de l'Institution et de la Fondation ». *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, p. 15. Durkheim avait écrit en termes analogues : « De ce que les croyances et les pratiques sociales nous pénètrent ainsi du dehors, il ne s'ensuit pas que nous les recevions passivement et sans leur faire subir de modification. En pensant les institutions collectives, en nous les assimilant, nous les individualisons, nous leur donnons plus ou moins notre marque personnelle; c'est ainsi qu'en pensant le monde sensible, chacun de nous le colore à sa façon et que des sujets différents s'adaptent différemment à un même milieu physique. C'est pourquoi chacun de nous se fait, dans une certaine mesure, *sa* morale, *sa* religion, *sa* technique. Il n'est pas de conformisme social qui ne comporte toute une gamme de nuances individuelles. Il n'en reste pas moins que le champ des variations permises est limité. Il est nul ou très faible dans le cercle des phénomènes religieux et moraux où la variation devient

b) Toute idée sociale est objective, toute fonction aussi : car elle n'est pas la chose d'un individu déterminé ; car elle ne vise pas à satisfaire un intérêt privé. Toute fonction est la chose d'un groupe, d'une espèce ou d'un genre. Elle vise à satisfaire des intérêts collectifs même quand elle se réalise dans l'individu. Toute fonction est *ratione materiae*.

C'est pourquoi toute fonction s'impose aux individus ; toute fonction est une contrainte, diraient les sociologues ; toute fonction est opposable « *erga omnes* » diraient les juristes. La compagnie concessionnaire du gaz ne peut pas faire tout ce qu'il lui plaît, ni avec ses ouvriers, ni avec ses clients. Le prix du gaz n'est pas à débattre avec le propriétaire de chaque « compteur » : le prix du gaz est statutaire, il n'est pas le résultat d'un accord entre deux volontés autonomes.

Hincmar, qui nous a conservé le serment de Charles le Chauve, nous énumère la série des fonctions royales objectives :

Sciatis me honorem et cultum Dei atque sanctorum ecclesiarum Domino adjuvante conservare, et unumquemque vestrum secundum sui ordinis dignitatem et personam juxta meum scire et posse honorare et salvare, et honoratum et salvatum tenere velle, et unicuique in suo ordine secundum sibi competentes leges tam ecclesiasticas quam mundanas, legem et justitiam conservare, in hoc ut honor regius et potestas ac debita obedientia, atque adjutorium ad regnum mihi a Deo datum continendum et defensandum ad unoquoque vestrum secundum suum ordinem et dignitatem atque possibilitatem mihi exhibeatur, sicut vestri antecessores fideliter, juste, et rationabiliter meis antecessoribus exhibuerunt[1].

Il était difficile d'affirmer plus de devoirs réciproques en si peu de mots.

c) Toute fonction est objective, mais tout moyen pour la mettre en œuvre ne l'est pas.

Dès l'époque mérovingienne, les conseillers de la royauté francque opposèrent à la conception matrimoniale de l'État, qui était celle des Barbares, la notion de fonction. Certes, ce n'est pas encore la notion abstraite de *ministerium* qu'ils

aisément crime ; il est plus étendu pour tout ce qui concerne la vie économique. Mais tôt ou tard, même dans ce dernier cas, on rencontre une limite qui ne peut être franchie ». E. Durkheim, *Les Règles de la Méthode sociologique*. Préface de la 2e édition, p. xxiii, note 1. Voir l'interprétation des variations individuelles dans G. Tarde, *Lois sociales*, p. 142 et suivantes.

1. Migne, *Patrologie latine*. T. 125, col. 804, 805.

invoquent, mais plutôt la notion concrète de ministre de Dieu pour l'appui des bons et la punition des méchants. Tel est le premier fonctionnaire dans l'histoire du droit public français. C'est lui que nous trouvons dans le *Sermo ad Regem*, attribué à saint Ouen, évêque de Rouen. A vrai dire, il s'agit moins d'un fonctionnaire que d'un « serviteur de Dieu »[1].

Avec Jean de Salisbury, évêque de Chartres, la notion de la fonction sociale fait de nombreux progrès. Le Roi n'est plus seulement le serviteur de Dieu, qualité qui se définit par rapport à Dieu ; le roi possède déjà la « *potestas publica* », qualité qui se définit par rapport à l'État. Le service du roi est descendu de la théologie dans la philosophie ; et sa charge a cessé d'être un service personnel pour devenir une fonction sociale.

Est ergo tyranni et principis haec differentia sola, quod hic legi obtemperat, et ejus arbitrio populum regit, cujus se credit ministrum, et in reipublicae muneribus exercendis, et oneribus, subeundus, legis beneficio sibi primum vindicat locum, in eoque praefertur caeteris, quod cum singuli teneantur ad singula, principi onera imminent universa. Unde merito in eum omnium subditorum potestas confertur, ut in utilitate singulorum et omnium exquirenda, et facienda sibi ipse sufficiat, et humanae reipublicae status optime disponatur, dum sunt alter alterius membra... Est ergo, ut eum plerique definiunt, princeps potestas publica, et in terris quaedam divinae majestatis imago[2].

Avec la chute de la Monarchie, le lien juridique qui rattachait encore la fonction publique aux droits subjectifs du Monarque, ou tout au moins aux droits subjectifs de la dynastie, est brisé. Il est remplacé aussitôt par un nouveau lien de même qualité qui unit la fonction publique à la « volonté générale » de la Nation.

Mais ce nouveau lien n'a pas eu longue vie. Nul ne croit plus aujourd'hui à la volonté générale. Après les attaques de Duguit, il sera difficile de lui redonner quelque réalité. Désormais, la fonction publique est autonome. Elle « *stat per se* » : elle n'a plus besoin de droit subjectif qui lui soit un « *subjectum inhaesionis* ». Elle ne vit plus en parasite sur le sujet de

1. Saint Ouen, évêque de Rouen, naquit à Sancy (Aisne). Il fut chancelier de Dagobert Ier (mort en 638) et ami de saint Eloi. Le *Sermo ad regem*, qui pourrait être aussi de saint Eloi aurait été composé pour Clovis II, fils de Dagobert, cf. MIGNE, *Patrologie latine*. T. 87.

2. MIGNE, *Patrologie latine*. T. 199, col. 513.

droit : elle vit de sa vie propre autonome ; elle est organisée pour elle-même.

Que reste-t-il alors comme subjectivisme dans la technique-fonction? Deux choses qu'il ne faut oublier ni au point de vue pratique, ni au point de vue spéculatif : le *droit* objectif du fonctionnaire et la part d'arbitraire (au sens étymologique du terme) que lui laisse ce droit. Ainsi l'arc-en-ciel du subjectivisme s'étale des droits subjectifs proprement dits aux droits objectifs du fonctionnaire par tous les degrés de la technique-droit.

Une première définition, purement descriptive, en appelle une seconde plus respectueuse de la logique mineure.

L'institution est une idée sociale objective, dotée d'une technique-fonction.

C'est pourquoi l'autonomie de la fonction est le domaine de l'institution comme l'autonomie de la volonté est le domaine du droit subjectif.

Les bénéficiaires de l'institution sont *définis* dans l'acte de fondation par l'idée directrice de l'institution. *Le* bénéficiaire d'un droit subjectif est *déterminé* à l'état civil.

III

Toute institution a un commencement, un milieu et une fin. Hauriou disait : une naissance, une vie et une mort. En langage juridique, cette naissance, s'appelle une fondation.

Dans la plupart des exemples précités, la fondation est le fait d'une volonté formelle : on peut indiquer le fondateur, l'heure de la fondation et tout ce qu'il faut pour dresser un acte de naissance à l'état civil.

La vie de ces institutions est, elle aussi, à sa façon, le fait d'une ou de plusieurs volontés formelles : on peut indiquer les fonctionnaires qui veillent sur leur existence. En est-il toujours ainsi ?

A. Tous les auteurs, qui ont traité de l'institution, ont admis qu'il existait aussi des institutions fondées par volonté coutumière, c'est-à-dire des institutions dont il est impossible

de désigner les fondateurs parce qu'il faudrait nommer tous les membres de la collectivité au milieu de laquelle elles ont pris naissance. Faut-il suivre ces auteurs?

Le propre d'une institution est de survivre aux volontés fondatives : cette survivance est une conséquence ou un aspect de l'objectivisme institutionnel. Dès lors, quelle que soit la fondation institutionnelle — par volonté formelle ou par volonté coutumière — celle-ci est sans relation avec le problème à résoudre. Pour définir l'institution, il suffit de l'analyser après fondation, c'est-à-dire quand elle s'est dégagée de la personne des fondateurs, quels qu'ils soient, puisque, avant cette prise d'autonomie, il n'y a pas encore institution. Ainsi, le problème des fondations par volonté coutumière n'a-t-il pas à nous arrêter : le passage du fait subjectif au fait institutionnel doit intéresser le sociologue; il intéressera parfois le juriste, mais il ne l'intéresse pas pour l'instant, car il est distinct du problème qu'il s'agit de résoudre ici : « Qu'appelle-t-on institution? »

B. S'il est vrai que sous l'Ancien régime, l'Etat n'est jamais arrivé à la forme institutionnelle et que la plupart de ses fonctionnaires — (pour ne pas dire tous) — étaient des représentants du Roi, on peut se demander s'il y avait des institutions sous l'Ancien Régime.

Le rôle du fonctionnaire est de protéger et de servir une institution; à cet effet, il doit pouvoir mettre en œuvre une autorité, ou une contrainte sociale quelconque. Or, les relations de l'institution et de l'autorité sont de deux sortes.

Il y a deux sortes d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans les premières, qui forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (État, associations, syndicats, etc.), le pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre... Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler les institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et des manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée; la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type.... elle vit dans le corps social, par exemple dans l'Etat, en empruntant à celui-ci son pouvoir de sanction...[1].

1. M. Hauriou, « La Théorie de l'Institution et de la Fondation ». *Cahiers de la Nouvelle Journée*, N° 4, p. 10-11.

Dès lors, si l'autorité est extrinsèque à l'idée directrice, il peut y avoir institution même si nous avons affaire avec un représentant, pourvu que celui-ci représente le mandant dans l'exercice de sa fonction et non pas dans l'exercice de ses droits subjectifs. Malgré son titre, ce représentant est un fonctionnaire. Si au contraire l'autorité est intrinsèque à l'idée directrice, il ne peut y avoir institution, c'est-à-dire technique-fonction, que si nous avons affaire avec un fonctionnaire de nom et de fait, parce que celui-ci, faisant corps avec l'institution, ne peut laisser les droits subjectifs du mandant hors de l'institution, et qu'en les introduisant dans l'institution il ruine l'institution elle-même.

En appliquant cette distinction aux exemples précités, il faut admettre que l'Ancien régime n'est pas arrivé à l'institution, le Roi de France ayant gardé par devers lui beaucoup trop de droits subjectifs, mais on peut admettre, malgré cette première conclusion, qu'il y avait des institutions sous l'Ancien Régime; on doit même les reconnaitre chaque fois que les représentants du roi représentaient le « *ministerium regale* » sans représenter aussi les droits du Monarque.

C. Toutes les coutumes internationales sont objectives et tendent à réaliser une fin objective. Mais il est évident qu'en dehors de la Société des Nations, elles sont dépourvues de fonctionnaires formels. Faut-il néanmoins les appeler institutionnelles et faut-il appeler institutions tous les phénomènes sociaux du même genre, c'est-à-dire toutes les coutumes juridiques dépourvues de sanctions organisées?

A s'en tenir au point de vue analytique, on pourrait hésiter : mais les problèmes sur l'origine, le rôle et la disparition des institutions obligent à grouper ces coutumes avec les autres institutions. Dans les sociétés humaines, comme dans les sociétés animales, toutes les fonctions ne s'exercent pas « librement » par volonté formelle : beaucoup d'entre elles s'exercent aussi « spontanément » par volonté coutumière. Comme d'autre part les institutions par volonté formelle ne peuvent exister que si le libre exercice de la fonction est soutenu lui-même par un exercice profond et spontané de cette même fonction, il serait arbitraire de séparer ce que la réalité unit intimement.

Ces institutions n'ont rien de particulier, si ce n'est la non-différenciation entre fonctionnaires, victimes et bénéficiaires de l'idée directrice : les mêmes individus sont tour à tour, et peut-être simultanément, l'un et l'autre, selon qu'ils défendent, appuient ou repoussent l'idée directrice. En un sens très exact, ces institutions sont encore plus institutionnelles que les autres puisque l'objectivité de la fonction y est encore plus stricte, celle-ci n'étant pas encore liée à une volonté déterminée.

Espèces.

Nous en savons assez maintenant pour tenter une classification et développer quelques exemples.

I

Il existe déjà deux classifications des institutions : celle d'Hauriou et celle de M. Cuche. On pourrait les multiplier indéfiniment en multipliant les points de vue. On a déjà rencontré, par exemple, les institutions par volonté coutumière. Mais l'inutilité de ce travail est évidente.

Bien que les définitions d'Hauriou et de M. Cuche ne correspondent pas à celle de cet article, leurs classifications n'en gardent pas moins une valeur générale, qui peut être adoptée sans difficulté.

1° Pour Hauriou « il y a deux types d'institutions, celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas ». « Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut appeler les institutions-choses, l'élément du pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée : la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type »[1]. Les institutions qui « se personnifient forment la catégorie des institutions-personnes ou des corps constitués (États, associations, syndicats etc...), le

1. M. Hauriou, « La Théorie de l'Institution et de la Fondation ». *Cahiers de la Nouvelle Journée,* N° 4, p. 10.

pouvoir organisé et les manifestations de communion des membres du groupe s'intériorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre »[1].

Ces institutions à leur tour se subdivisent en deux groupes : celui des institutions établissements (hôpitaux, hospices, etc...) « dans lesquelles il y n'a point de groupe permanent de membres qui puissent perpétuer la fondation » et celui des institutions corporatives « dans lesquelles subsiste un groupe permanent de membres perpétuant la fondation ». Pareille distinction se retrouve dans le droit canon. « *In Ecclesia, praeter personas physicas, sunt etiam personae morales, publica auctoritate constitutae, quae distinguntur in personas morales collegiales et non collegiales, ut ecclesiae, Seminaria, beneficia, etc.* »[2].

La classification d'Hauriou doit être complétée par deux nouvelles subdivisions. Parmi les institutions-établissements, il faut distinguer celles qui ont un patrimoine affecté et celles qui n'en possèdent pas. Les « individualités comptables »[3] appartiennent à cette catégorie. Il faut distinguer aussi les « Offices » et les fondations proprement dites ou *Stiftung* puisque le rôle du patrimoine n'est pas le même dans les deux cas.

2° Pour M. Cuche, il y a des institutions-règles, des institutions-mécanismes, des institutions-organismes.

L'institution-règle est une « simple limitation ou simple direction imposée à notre activité, en dehors de toute base contractuelle, par une autorité poursuivant un but d'intérêt collectif. C'est dans ce sens... que l'on dit : les institutions d'un pays pour désigner les lois et les usages qui y sont en vigueur »[4].

L'institution-mécanisme est « une variété de la première ». Elle est « constituée par une combinaison de règles, dont l'application automatique procure la satisfaction d'un intérêt

1. M. Hauriou, « La Théorie de l'Institution et de la Fondation ». *Cahiers de la Nouvelle Journée*, N° 4, p. 35.

2. *Codex Juris Canonici*. Can. 99.

3. G. Renard, *La Théorie de l'Institution*. Sirey, 1930, p. 249.

4. P. Cuche, « Manifestations nouvelles d'autorité dans la vie sociale par le développement de l'Institution ». *Semaines Sociales de France, Lyon, 1925*, p. 353.

général ou collectif. Exemple : le casier judiciaire, les retraites ouvrières »[1].

L'institution-organisme correspond à ce que nous appelons une personne morale. « L'armature n'est plus une combinaison de règles jouant automatiquement, mais un groupement d'individus dont les activités sont coordonnées à la poursuite d'un but commun. coordonnées ceci veut dire qu'il peut y avoir, entre ces activités, division du travail, mais qu'il y a toujours communion de volontés. Aussi les institutions-organismes nous apparaissent-elles habituellement comme des corps, nous avons tendance à les personnifier. — Une société anonyme, un syndicat professionnel, certaines associations, peuvent être pris comme exemple d'institutions-organismes »[2].

Bien que la classification de M. Cuche et la classification d'Hauriou se correspondent parfaitement, néanmoins elles répondent à des points de vue différents. La première prend son principe de classification dans l'institution elle-même; la seconde le prend dans l'autorité. Et c'est pourquoi la classification d'Hauriou est purement relative. Une institution-personne restera toujours, pour M. Cuche, une institution-personne. Pour Hauriou, elle peut devenir, en un sens très exact, une institution-chose : un syndicat, par exemple, peut devenir institution-chose par rapport à une autre institution personne qui la protège et la dirige, par exemple l'État.

II

Trois exemples pris aux deux pôles et au centre de la gamme institutionnelle aideront à mieux comprendre les problèmes qu'elle pose.

A. La règle de droit est la plus élémentaire des institutions et des institutions-choses. Malgré cette simplicité, toutes les

1. P. CUCHE, *id.*, p. 353.

2. « L'institution juridique est, au contraire, un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres au point de constituer un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui sont du coup transformées en rapports de droit et dérivent toutes d'un fait unique fondamental. Ce fait, origine et base de l'institution, la domine nécessairement, en commande la structure et le développement ». J. BONNECASE, « Où en est le droit civil », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, N° 4, p. 77.

formes de la technique-fonction trouvent leur réalisation entre la coutume internationale dépourvue de sanction organique et la loi positive contemporaine.

1° Nous connaissons la coutume internationale : inutile d'y revenir. Remarquons seulement que de telles coutumes se rencontrent nécessairement dans toute société in-organique.

Dans les temps primitifs, les institutions-choses coutumières — il n'en existe pas beaucoup d'autres en dehors de la coutume — naissent, vivent et meurent indépendantes du pouvoir politique quel qu'il soit : famille, clan, tribu, nation, etc. Celui-ci ne peut rien sur leur développement, il leur reste étranger; mais il intervient déjà pour les sanctionner et les faire respecter : le « Roy des Francs » est tenu de faire régner la justice, de protéger la veuve et l'orphelin, de respecter et de faire respecter les coutumes.

A mesure que le pouvoir se développe, que la nation prend conscience de son unité et qu'elle en sent davantage le besoin, dans la même mesure le rôle de l'autorité formelle se développe et le droit non écrit s'efface devant le droit écrit. C'est toute l'histoire de l'ancien droit français. Après un magnifique début sous les premiers Carolingiens, le droit écrit disparaît. Quand il commence à reparaître, ses débuts sont modestes. Lorsque saint Louis, redoutant les prétentions du Saint Empire, déclare, au lendemain de la toute première renaissance du Droit romain, qu'il concède aux provinces méridionales du Royaume la coutume romaine, le « Roy de France » affirme le primat de la loi au moment même où les faits affirment le primat de la coutume. Il faut attendre 1789 pour voir le triomphe définitif de la loi.

2° Entre ces deux extrêmes, le récent Droit canon nous offre un exemple très curieux de moyen terme. *Consuetudo, formaliter sumpta* (par opposition à *causaliter sumpta*) *est jus seu lex diuturno communitatis usu introducta, approbante legislatore* (Arregui), non seulement parce qu'il la sanctionne, mais encore parce qu'il l'intègre, pour ainsi dire, dans le droit écrit : en effet : *Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis Superioris ecclesiastici unice obtinet.*

Can. 25. Tel est bien le principe; mais voici la concession : *Communitas quae legis ecclesiasticae saltem recipiendae capax est, potest consuetudinem inducere quae vim legis obtineat.* Can. 26. — On notera au passage tout ce qu'il y a d'institutionnel corporatif dans ce texte. — A quelles conditions, de telles communautés peuvent-elles introduire la coutume? Il faut distinguer. En effet *dividitur consuetudo, ex respectu ad legem, in contra, praeter vel secundum legem, prout legem — aut existentem auferat sive ex toto sive ex parte (derogatoria), — aut novam inducat (obligatoria), — aut etiam existentem interpretetur* (Arregui). Dans le premier cas, *consuetudo ... neque juri ecclesiastico praejudicium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta.* Prévoyant une autre hypothèse, le texte ajoute alors *contra legem vero ecclesiasticam, quae clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola praescribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis.* Can. 27, § 1°. Dans le deuxième cas, *consuetudo praeter legem, quae scienter a communitate cum animo se obligandi servata sit, legem inducit, si pariter fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos praescripta.* Can. 28. Pour le troisième cas, aucun délai n'est imparti : *Consuetudo est optima legum interpres.* Can. 29. Mais on discute pour savoir s'il ne faut pas adopter ici encore le délai de quarante ans.

L'existence des coutumes *praeter legem* et *secundum legem* n'a rien d'extraordinaire. Le droit français lui-même leur fait encore une petite place. Mais l'existence de coutumes *contra legem* était à signaler.

3° Depuis 1789, le droit français a consacré le triomphe de la loi sur la coutume. Ce triomphe doit s'entendre au sens plein : non seulement, l'autorité formelle préside à la fondation de la règle de droit, mais encore elle refuse de s'incliner devant le fait accompli des coutumes *contra legem*[1]. Mais ce triomphe

1. Un simple règlement de police, lui-même, intervenu dans un intérêt d'ordre public, ne peut être anéanti ni par un usage contraire pratiqué depuis plusieurs années (Chambre criminelle, 5 juillet 1873. D. P. 74. 1. 42) ni par désuétude (Chambre civile, 30 novembre 1891. D. P. 92. 1. 122).

de l'autorité a été payé cher. L'autorité-droit de l'Ancien régime est devenue l'autorité-fonction de nos modernes gouvernants.

Telle est l'histoire « formelle » de la règle de droit. A la naissance de l'institution, l'autorité extrinsèque se confond avec la contrainte de l'opinion; puis l'autorité organique devient le bras séculier de la coutume. Sous le régime de la loi, celle-ci n'est plus que la servante du pouvoir, un outil entre les mains du législateur. Enfin, le pouvoir abandonne l'autorité-droit pour se soumettre à l'autorité-fonction; l'évolution de la règle de droit est alors achevée.

B. L'institution-fondation consiste essentiellement dans l'affectation d'un patrimoine à un but social déterminé. Elle ne devient pleinement elle-même que si l'affectation est faite à titre perpétuel et si le fondateur ne fait pas naître de droit subjectif au profit de quelqu'un. L'affectation d'un patrimoine n'est pas un trait spécifique de l'institution-fondation : on peut encore affecter un patrimoine à un but social par l'intermédiaire d'une institution corporative.

Comme d'autre part, il y a toujours quelque danger à n'étudier les caractères généraux de l'institution que dans leur fondation, on peut laisser de côté l'étude de l'affectation. Par contre, l'absence de communauté organique sous-jacente à l'idée d'œuvre est autrement grave.

1° Sociologiquement, il existe deux sortes de représentants : les représentants de personne et les représentants d'idée. Redisons en latin : *ratione personae*, et *ratione materiae*. Nous disons, avec l'article 1984 du Code civil, que le mandataire représente son mandant; nous disons aussi que certains députés représentent leur parti à la Chambre. Ainsi, les représentants *ratione materiae* (ou institutionnels) ne sont pas autre chose que ces individus que nous avons appelés fonctionnaires, en élargissant le sens usuel de ce terme.

2° Le problème de la propriété institutionnelle est beaucoup plus complexe.

a) Toute propriété, qu'il s'agisse de la propriété privée ou de la propriété collective, est une exclusivité, un monopole;

toute propriété suppose une clôture qui sépare le mien et le tien; toute propriété est une chasse gardée, un « en-clos ».

Toute propriété est un « en-clos » parce que tout droit est un enclos. Le droit de vote est un enclos. Le droit à la vie est un enclos. Il faut donc ajouter un adjectif au terme exclusivité pour qu'il désigne la propriété. Cet adjectif sera : économique. Si l'on peut dire, en effet, que l'homme est propriétaire de tous ses droits, il est évident qu'il ne s'agit plus alors de cette propriété au sujet de laquelle socialistes et libéraux ne cessent de batailler. Cette propriété là, un seul mot la caractérise : économique.

Toute propriété est une exclusivité économique. Pour définir une chose, il ne suffit pas de l'opposer à ce qui n'est pas elle; il faut dire aussi ce qu'elle est. Or, l'exclusivité économique n'est une défense faite à autrui que parce qu'elle est d'abord une affectation de richesses au profit de quelqu'un ou de quelque chose. La propriété est donc une affectation continuée, ou en termes moins philosophiques, l'affectation permanente de l'utilité totale d'une chose à un but déterminé.

Quand ce but est une personne déterminée, nous avons la propriété privée; quand ce but est une idée sociale à réaliser et qu'il existe une technique-fonction pour la réaliser, nous avons une propriété institutionnelle ou une institution-fondation, selon que l'on examine cette réalité sociale au point de vue de la technique ou au point de vue du patrimoine. En bref, il y a institution-fondation lorsqu'une affectation *ratione materiae* opère sa rencontre avec une représentation *ratione materiae*. Tout est alors *ratione materiae*, le patrimoine, le pouvoir, les bénéficiaires, l'affectation.

Si la propriété institutionnelle est une affectation permanente de richesses au profit « d'une idée d'œuvre » par le moyen d'une technique-fonction, la propriété privée est l'affectation permanente de richesses au profit d'une personne déterminée. Dans la propriété institutionnelle, administrateurs et bénéficiaires de l'affectation sont distincts : les pouvoirs des administrateurs sont liés par l'idée d'œuvre : ils ne peuvent faire que ce qui est « dans la ligne » (Hauriou) de l'idée; ils ne peuvent faire que ce qui est à faire. Dans la propriété privée, administrateurs et bénéficiaires se confondent en

une seule personne, le propriétaire, dont les pouvoirs ne sont liés que « par les lois ou par les règlements » ; il peut faire de sa chose tout usage qui n'est pas défendu. Tandis que le pouvoir du propriétaire est un droit subjectif, celui du simple administrateur est un droit objectif; l'un possède un droit, l'autre est chargé d'une fonction.

Il ne faudrait pas croire cependant que propriété privée et propriété institutionnelle s'opposent comme deux jouteurs. Elles sont plutôt les deux pôles extrêmes du droit des choses, qui comprendrait alors : la propriété privée, la propriété privée avec charges sociales plus ou moins considérables, la propriété institutionnelle proprement dite[1].

b) Ce parallèle entre la propriété privée et la propriété institutionnelle nous permet de résoudre le fameux problème, tant débattu entre juristes, des biens sans maîtres.

Sur le terrain de la physique sociale, il se réduit à une pure question de vocabulaire. Quand on a décidé que tout bien suppose un droit subjectif et que la propriété est un bien, il est évident qu'il n'y a pas de propriétés sans propriétaires, ni de biens sans maîtres. Il ne reste plus alors qu'à trouver un nouveau substantif pour désigner la propriété institutionnelle; puisqu'elle ne présente ni biens proprement dits, ni droits subjectifs, ni propriétaires véritables, elle n'a pas droit à l'appellation de propriété. Si on estime au contraire que la propriété institutionnelle est une véritable propriété, il faut admettre alors : ou bien qu'elle n'a pas de propriétaires, ou bien que ses bénéficiaires ou ses administrateurs sont ses propriétaires à elle. La première manière de parler est assez paradoxale; mais appeler propriétaires les administrateurs ou les malades, actuels ou éventuels d'une clinique fondée, n'est pas moins paradoxal.

Sur le terrain de la technique juridique, le problème des biens sans maîtres, est une pure question de fait. Il revient à se demander si l'art. 544 C. civ. définit toutes les espèces de propriétés dont s'occupe le droit positif français, et, dans la négative, si ce droit positif n'aurait pas organisé une propriété institutionnelle légale. Or, il est évident qu'il en est ainsi au

1. Cf. A. Desqueyrat, « Propriété privée et Propriété institutionnelle ». *Archives de Philosophie du Droit,* 1935, Sirey. N[os] 1 et 2, p. 146 à 180.

moins dans deux cas : dans les lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907 concernant « la séparation des Églises et de l'État et l'exercice des cultes », et dans la loi du 9 septembre 1919 sur les mines. Une jurisprudence récente paraît confirmer ces conclusions en ce qui regarde les églises catholiques.

Considérant qu'une église, *propriété* d'une collectivité publique, lieu public *affecté* directement à l'usage du public *pour* la célébration du culte et ouvert sans distinction à tous les habitants qui veulent y pénétrer, présente les caractères d'une dépendance du domaine public et non domaine privé de la commune, laquelle n'a le droit [1°] ni d'en *user* en raison de son affectation perpétuelle aux fidèles, [2°] ni d'en *jouir* puisqu'elle ne peut la louer, [3°] ni d'en *disposer* sans un décret de désaffectation ; qu'il est sans intérêt que depuis la loi du 9 décembre 1905 le culte ait perdu le caractère de service public, la loi du 2 janvier 1907, art. 5, ayant expressément édicté : « Les édifices *affectés* à l'exercice du culte continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte *pour* la pratique de la religion » ; et l'*affectation* à l'usage direct du public suffisant à justifier la domanialité publique[1].

Ainsi, une église est une « propriété » ; mais, de cette propriété, le propriétaire ne peut « ni en user », « ni en jouir », « ni en disposer ». En quoi est-elle donc « une propriété » ? En ceci qu'elle est tout entière affectée d'une manière permanente à un but social. Nous sommes loin de l'esprit et de la lettre de l'article 544 C. civ. ; mais nous sommes en pleine propriété institutionnelle puisqu'il n'y a plus de droit subjectif et que tout y est *ratione materiae*.

C. Nous avons vu que pour réaliser le bien commun étatique, il existait deux techniques : la technique-droit et la technique-fonction. Pour être exact, il faut en ajouter une troisième : la technique-contrat.

1° Ce qui caractérise le régime féodal, c'est le fait que les membres de la société féodale sont liés deux à deux par contrat. Au sommet de la pyramide féodale, il y a le Suzerain des Suzerains ; sa personne se confond avec la personne du Roi : mais les devoirs de l'un ne sont pas les devoirs de l'autre. Le Roi est tenu de poursuivre directement le bien

1. Cour de Paris, 13 mai 1933. D. H. p. 370. C'est nous qui soulignons.

commun de la Cité; le Suzerain des Suzerains est tenu de respecter, d'abord, le contrat de vassalité : c'est par lui qu'il poursuivra, à son rang et place, le bien commun de la hiérarchie féodale.

De la même manière que le Suzerain des Suzerains est lié avec chacun de ses vassaux, chacun d'eux à son tour est lié avec ses propres vassaux.

A la base de la pyramide féodale, le même lien contractuel se répète encore, identique à lui-même, entre les serfs et les derniers vassaux.

Ce rapport contractuel, par lequel les individus de la société féodale sont liés deux à deux, n'est pas une construction de l'esprit inventé après coup pour expliquer la société du xe siècle. Il est un fait historique. Les serments de vassalité ont eu lieu; leurs conséquences furent appliquées; et c'est pourquoi le Suzerain des Suzerains n'avait aucune action directe sur les vassaux de ses vassaux, ni ceux-ci sur les serfs de leurs propres vassaux. Les conquêtes de la monarchie sur la féodalité consisteront précisément à rétablir entre le Roi et les sujets du royaume ces liens directs que le régime féodal avait brisés.

2° Avec la monarchie absolue, nous revenons à la technique-droit. Mais lorsqu'il s'agit d'une institution corporative, le droit subjectif mis en œuvre présente quelques particularités qui le distinguent des droits subjectifs ordinaires, tels que, par exemple, le droit de propriété.

a) Le droit de propriété de Pierre est égal et identique au droit de propriété de Paul; il ne lui confère aucune supériorité; il se juxtapose à celui de Paul sans autre prétention. Il n'en est pas de même du droit subjectif de commander; il suppose au contraire une sorte de hiérarchie au sens étymologique du terme; il fait du « prince » un être supérieur à « ses » sujets. Les auteurs modernes s'efforcent de traduire cette inégalité par les expressions de « droit subjectif de puissance publique » (Hauriou) et de « droit de subordination » (Gurvitch). Ce pouvoir de commander découlerait d'ailleurs d'une sorte de qualité physique ou morale qui justifierait le subjectivisme de ce droit et l'inégalité sociale qu'il suppose. Cette inégalité se

comprendra mieux encore si on compare le droit subjectif du prince avec le droit objectif du fonctionnaire. Le fonctionnaire n'est pas au-dessus des administrés, il n'est pas au-dessus du droit qu'il édicte; il ne peut pas se dispenser de ses propres lois, arrêtés ou ordonnances; il ne peut que les abroger ou les modifier sans acception de personnes. Le fonctionnaire est un citoyen comme les autres; son rôle est autre; mais ce rôle ne le met pas au-dessus des autres.

Le deuxième trait, qui spécifie le droit de subordination, c'est la relation qui l'unit à la fonction. Dans la propriété privée avec charge, l'objectivité de la fonction descend déjà dans la technique juridique; elle est une clause de l'affectation. Dans la concession des services publics, elle s'exprime dans le cahier des charges. Avec les droits de puissances publiques de l'Ancien régime, nous n'avons rien de pareil. L'objectivité de la fonction se réduit à l'objectivité du devoir moral qui affecte la conscience du Roi; elle ne descend pas dans la technique juridique. Mais inversement, tandis que le droit subjectif de propriété se suffit à lui-même et peut subsister à part, le droit subjectif de puissance publique n'est donné à son titulaire que pour le bien commun de la société qu'il gouverne. Pas de devoir, pas de droit.

Tout cela est un peu schématique. Il faut en convenir, mais il est facile de montrer que ce schéma reste vrai. Le sacre n'était pas une cérémonie d'apparat, surtout au début de la monarchie carolingienne. On croyait bel et bien que l'onction sainte faisait le nouveau prince, *ex opere operato*, et qu'elle lui conférait un caractère sacré qui le dotait d'un droit subjectif de puissance publique. C'est pourquoi les premiers Capétiens adoptèrent la pratique du sacre anticipé : de Robert le Pieux à Philippe-Auguste inclusivement[1], le prince héritier fut sacré du vivant de son père. Car le vieux roi croyait debouter ainsi par une fin de non recevoir préalable toutes les prétentions à la couronne, carolingiennes ou seigneuriales. La pratique du sacre anticipé ne cessa que le jour où le principe dynastique fut définitivement établi. Mais le principe dynastique à son tour n'était qu'une autre forme du principe

1. On ne connaît qu'une exception : Louis VI le Gros (1081-1137) fut sacré quatre jours après la mort de son père Philippe I[er] (1108).

de l'autorité-pouvoir. Si l'autorité n'est plus l'attribut personnel de celui qui est sacré, elle reste le patrimoine familial d'une dynastie [1].

b) Ce principe de l'autorité-pouvoir se manifeste encore dans une série de principes juridiques qui furent à la base de notre ancien droit public.

Tout pouvoir subalterne émane du pouvoir suprême. Par définition, le prince est un, et s'il est un, tout pouvoir émane de lui puisqu'il en est le titulaire. On disait : « Toute justice émane du roi ». On aurait pu le dire de toute autre activité étatique. Le pouvoir du Sénéchal, du Chambellan, du Connétable, des secrétaires d'État, émanait aussi du roi. A tous les degrés de la hiérarchie, le bien commun était assuré par du *pouvoir délégué* qui émanait du pouvoir royal lequel venait directement ou indirectement de Dieu.

Dans la mesure où l'autorité est un pouvoir subjectif, les actes du prince n'engagent pas ses successeurs. La permanence des actes du pouvoir, qui nous paraît aujourd'hui l'évidence même, ne fut pas toujours acceptée; elle est apparue tardivement et progressivement. Du XIVe au XVe siècle, juristes et jurisconsultes affirment que le Roi ne peut être lié par les lois de ses prédécesseurs; les lois tombent en principe à la mort du Roi qui les a faites; si elles restent en vigueur après sa mort, c'est qu'il y a eu confirmation tacite du successeur. Tel était encore l'avis de Bodin au XVIe siècle. Et il en était des fonctionnaires comme des lois. Jusqu'au XVIe siècle, les agents de tout ordre étaient considérés comme perdant leur pouvoir à la mort du Roi qui les avait nommés. C'était logique puisqu'ils ne détenaient que du pouvoir délégué : le mandat cesse par la mort du mandant [2]. Il fallait donc que ces agents fussent confirmés dans leur fonction — au moins tacitement — par le nouveau Roi.

Tout exercice de l'autorité qui ne vise qu'à réaliser le bien commun n'est pas ipso facto invalide. Le Roi peut distribuer des privilèges pour des motifs insuffisants. Le

1. On pourrait encore argumenter en partant du principe de la patrimonialité dont les traces ont subsisté jusqu'en 1789 et du principe « *princeps legibus solutus est* ».
2. Cf. C. civil. art. 2003.

privilège est illicite, mais il n'est pas invalide. Ni la société, ni les tribunaux n'ont à connaître de ce vice. Le droit subjectif du prince prime sa fonction sur le plan du droit positif.

3. Les principes du droit public moderne, qui sont les privilèges mêmes de la technique-fonction, sont à l'opposé des principes du droit public ancien.

a) L'autorité s'est détachée du droit subjectif pour s'organiser en fonction autonome; le droit de subordination a fait place à l'égalité des fonctions ; il n'y a plus ni « sujets », ni « prince » ; il n'y a plus d' « offices nobles », ni d' « offices bas et humiliants » ; il y a des citoyens égaux en droits, chargés de fonctions différentes ; le droit subjectif du prince est remplacé par le droit objectif du fonctionnaire. Entre les titulaires successifs de l'autorité, il n'y a plus relation de cause à effet; le successeur ne tient plus sa fonction de celui qui le précède; il est nommé à une fonction comme son prédécesseur. La dynastie elle-même, lorsqu'elle existe encore, n'est plus qu'un mode de nomination à une fonction sociale. En un mot, la légitimité du pouvoir n'est plus efficiente ; elle est finale.

« Jamais donc il ne sera permis de raisonner comme ceci : ce qui est contre le droit est juridiquement nul ; or, tel régime, issu de la violence, est contre le droit, donc il est juridiquement nul. C'est que le régime nouveau ne tire pas sa valeur de ses origines ni des régimes précédents, mais du fait, qui revêt valeur juridique du moment que le régime nouveau assure la fin sociale. Un régime illégitime dans sa source devient donc légitime au regard de la nation dès qu'il dispense à la nation l'ordre juridique vers la fin qu'elle appelle. Le gouvernement légitime avait pour premier devoir de se maintenir, puisque se maintenir est la première condition de l'ordre. Renversé, il perd sa légitimité au regard du peuple si sa restauration doit se payer du prix de l'ordre. La déchéance fût-elle imméritée, l'injustice particulière ne saurait être réparée au prix du bien commun. Il n'y a d'usurpateur qu'au regard de la dynastie déchue[1] ».

Ce n'est pas tout à fait vrai : on peut dire cela de l'autorité

1. JEAN DEFROIDMONT *La science du droit positif*, Desclée de Brouwer, 1933, p. 25.

en soi; on peut encore le dire du régime institutionnel lorsque la fonction y est prépondérante; mais on ne peut pas le dire du régime de la technique-droit, puisque par hypothèse il y a droit. Ce qui est vrai dans l'abstrait peut être faux dans le concret. En théorie, un corps abandonné à lui-même continue sa course d'un mouvement rectiligne et uniforme. En pratique, dans notre monde sublunaire, ce corps décrira une trajectoire plus ou moins compliquée et s'arrêtera. C'est pourquoi il ne faut pas confondre autorité en soi et régime politique. Dans l'ordre des fins sociales à réaliser, l'autorité légitime sera toujours celle qui réalise ces fins sociales; mais ces fins sociales elles-mêmes ont besoin de techniques pour se réaliser. Tout régime juridique, tout ordre juridique est fait d'un élément spirituel et d'un élément matériel.

Le sociologue qui oublie la technique est un ingénieur qui oublie les résistances passives; le moraliste qui oublie la fin sociale est un pharisien. Toute explication du droit doit concilier l'abstrait et le concret, le donné et le construit. On reviendra sur ce point dans la troisième partie de cet article.

b) Quoi qu'il en soit des exagérations possibles du primat de la finalité sociale, ce primat est à la base du droit public moderne, et les conséquences qu'il développe sont exactement contraires à celles du droit public ancien.

Sous l'Ancien régime, tout pouvoir subalterne émanait du prince. Sous la Troisième République les fonctionnaires [1] sont nommés à leur fonction; les inférieurs, si l'on peut encore employer ce terme sans équivoque, ne tiennent pas leur pouvoir objectif de leur supérieur (?); ils le tiennent de leur fonction. Le Président de la République nomme à tous les emplois civils et militaires nous dit la Constitution de 1875. Aucun fonctionnaire [2] n'en déduira qu'il tient un pouvoir subjectif du Président de la République. Et il aura mille fois raison. Le Président ne peut donner ce qu'il n'a pas. On est élu ou nommé à une fonction; on n'y est pas délégué.

Sous la monarchie primitive, tout pouvoir cessait avec son détenteur et le nouveau roi devait confirmer l'œuvre législa-

1. Nous employons toujours ce terme au sens large.
2. Nous employons ce terme au sens strict car il s'agit de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 3; § 3.

tive de son prédécesseur. Aujourd'hui, tout pouvoir continue après la mort, la démission, la déchéance ou la retraite de son détenteur, car la fonction ne meurt pas avec celui qui l'exerce ; la fonction n'est pas pour le fonctionnaire, mais le fonctionnaire pour la fonction. Les lois de l'ancienne législature n'ont pas besoin d'être confirmées par la nouvelle ; et les nominations du Président de la République seront encore valides après son départ de l'Élysée.

Sous l'ancien droit public, tout exercice de l'autorité qui ne visait pas à réaliser le bien commun n'était pas *ipso facto* invalide. Notre Conseil d'État pense exactement le contraire ; et le nombre des arrêtés municipaux qu'il a annulés pour « détournement de pouvoir » est déjà considérable. Le « détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation de la loi, use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autre que la sauvegarde de l'intérêt général et le bien du service »[1]. Quand un droit public en est arrivé là, on peut dire que le pouvoir dont il s'agit n'est plus un droit subjectif, même de puissance publique : ce pouvoir est un droit objectif.

Les problèmes.

Nous avons essayé de définir et de classer les phénomènes institutionnels. C'était une première tâche indispensable. Mais le philosophe veut comprendre. C'est alors que les vrais problèmes apparaissent.

Pour mettre un peu d'ordre dans l'énoncé de ces problèmes, car il ne peut être question de les résoudre, on peut les grouper en trois catégories :

problèmes sociologiques,
problèmes philosophiques,
problèmes techniques.

1. M. Hauriou, *Précis de Droit administratif,* 11e édition, p. 419.

I

Toute société oscille entre deux exigences. Les uns ont parlé de justice et de sécurité, d'autres de conservation et de progrès, de répétitions et d'inventions, de déterminisme et de finalité, d'autonomie et de règle, d'habitudes mortes et de créations, de matière et d'esprit, de superstructure et d'objectivité immanente, de continu et de discontinu... mais à travers toutes ces antithèses, il y a une âme de vérité.

A. Le contrat réalise une première synthèse juridique de ces deux dynamismes. Il stabilise le présent : il arrête la durée ; il est le plus ferme soutien de la sécurité. Et c'est là son défaut : le contrat n'est pas assez souple : il ne « dure » pas au sens moderne du terme ; la féodalité elle-même en a renié les principes le jour où la hiérarchie des terres a remplacé la hiérarchie des personnes. C'est qu'en effet la société contractuelle exclut toute différenciation des fonctions et tout véritable bien commun.

Pour cette même raison de continuité, la technique-droit régit tout d'abord une multitude de fonctions[1] qui plus tard deviendront autonomes. L'économie dans le changement n'est pas spéciale aux phénomènes juridiques. Tous les sociologues ont fait observer que les premières automobiles n'étaient que les voitures du temps munies d'un moteur, et que les premiers wagons n'étaient que des diligences. Rien d'étonnant si, à l'aurore des cités, et plus tard à la naissance des nations, les peuples ont versé dans les cadres du droit privé les premières ébauches du droit public. C'est ce que nous continuons à faire quand nous utilisons la régie intéressée. Le porteur d'eau des villes d'Orient est un entrepreneur capitaliste : il recherche le profit capitaliste. Mais à mesure que l'eau devient un problème collectif, la collectivité ne peut l'abandonner à la libre concurrence : elle doit le réglementer. Or il arrive presque toujours qu'elle commence par juxtaposer la réglementation à l'entreprise capitaliste par le moyen

1. Voir par exemple : H. Bergson, *La pensée et le mouvant,* p. 110-111.

d'un service public concédé, c'est-à-dire en somme qu'elle réglemente la vie publique avec du droit privé légèrement différencié.

L'histoire du droit nous présente donc une objectivation progressive de la fonction. Mais ce n'est là qu'un aspect de la réalité; il en existe un autre, bien connu des auteurs : c'est l'appropriation des fonctions. La puissance de nos syndicats de fonctionnaires en est l'exemple contemporain. Ainsi, tandis qu'un nombre toujours plus grand d'activités sociales « se fonctionnalise », à l'intérieur de la fonction elle-même, un nombre toujours plus grand de bénéficiaires des situations établies stabilise ses positions à la manière d'un propriétaire foncier. Ne dit-on pas d'un professeur de Faculté qu'il possède sa chaire, et d'un officier qu'il possède son grade? Tel est le flux et le reflux de l'intérêt et de la fonction, au sein de toute société.

B. L'institution a pour but d'introduire la continuité dans le droit. Et, de fait, elle l'y introduit si bien que, dans le cadre des vieilles institutions, se glissent parfois de nouvelles idées directrices. Après avoir noté que de telles expropriations se réalisent, tous les jours, sous nos yeux, M. Bouglé conclut son observation par une réminiscence évangélique en disant que « l'humanité passe son temps à verser le vin nouveau dans de vieilles outres »[1]. D'autres, plus bergsoniens, veulent y voir les manifestations successives de l'élan vital qui, indéfiniment, par évolution créatrice, font jaillir des profondeurs du réel des expressions toujours nouvelles d'un éternel devenir. M. Gurvitch se placerait volontiers parmi ces derniers[2].

Mais continuité ne veut pas dire fluidité. Le législateur qui, sous prétexte d'adaptation, modifierait tous les jours les articles du code serait un bien mauvais législateur. La rapidité avec laquelle la législation sur les Assurances Sociales s'est faite et s'est défaite pendant quelque temps fut une calamité pour les juristes, les juges, les intéressés et les... éditeurs : « En présence des fluctuations qui amènent le Ministre du travail à remanier ses circulaires à des intervalles extraordinairement

1. Bouglé, *Leçons de sociologie sur l'évolution des Valeurs*, p. 87.
2. G. Gurvitch, *L'Idée du Droit Social*, Sirey, 1932.

brefs, l'administration du Recueil [général des lois, décrets et arrêtés] pour éviter des confusions publiera les documents relatifs aux Assurances Sociales dès qu'il sera possible d'espérer que les textes seront définitifs, autant du moins qu'ils peuvent l'être pendant un certain temps »[1].

C. Il n'est pas d'idée sociale à réaliser qui ne crée des « bénéficiaires » : il n'en est pas davantage qui ne gêne parfois les autonomies individuelles. La contrainte sociale n'est que l'expression dynamique de l'objectivité sociale.

Certes, la première force qui vient au secours de l'idée est l'adhésion subjective des individus. C'est qu'en effet l'institution s'impose plus par elle-même qu'elle n'est imposée du dehors par l'opinion ou par le pouvoir organisé. En termes bien connus (Hauriou), toute institution suppose une communion des intelligences en l'idée sociale à réaliser, et une communion des volontés qui, par le risque couru, engage la majeure partie du milieu social dans la cause commune. Mais il n'en reste pas moins vrai que toutes ces communions ne suffisent pas.

Les pelouses des jardins publics sont laissées à la garde du public. Mais il y a toujours un agent de police qui se charge de « verbaliser » dès que « ce même public » mettra les pieds sur « les dites pelouses ».

A côté ou à l'intérieur de l'idée, il y a toujours quelque part une opinion ou une autorité, bref un *pouvoir* qui la protège ou la fait vivre. Pour protéger la coutume, il est bon qu'il existe quelque part un juge qui l'interprète et un pouvoir exécutif qui la sanctionne. Les institutions qui ne s'appuient que sur l'opinion sont rudimentaires ; en dehors d'un pouvoir organique, on ne trouve que des formes élémentaires de la vie institutionnelle[2]. C'est normal. Puisqu'il n'y a pas d'institution sans un pouvoir qui la défende contre les entreprises des individus, l'institution est donc un point d'équilibre entre les exigences de ce même pouvoir et les exigences de ces mêmes individus. Car ce pouvoir lui-même serait vite débordé sous le flot des protestations s'il ne trouvait dans le milieu social des armes et des complicités. Le concours des

1. *Recueil Général des lois, décrets et arrêtés* 1930, 9e livraison.
2. Exemple : la coutume internationale en dehors de la S. D. N.

intelligences et des volontés est pour partie l'œuvre d'un vouloir, pour partie l'œuvre d'un pouvoir : le *liber volui*, se tempère toujours d'une dose plus ou moins forte de *coactus volui*[1]. Bref, autonomie et dépendance.

Comme d'autre part la poursuite de la fin sociale à réaliser ne peut être laissée au jugement de chacun, des règles vont apparaître pour canaliser les activités individuelles. C'est un fait d'expérience quotidienne que le manque d'organisation et le manque de règles précises conduisent au désordre et à l'anarchie. Une fin commune à réaliser postule des méthodes communes à mettre en œuvre. Mais ces règles elles-mêmes ne seront jamais si étroites que la liberté individuelle ne puisse jamais se manifester. Et cela n'est pas requis par les seules exigences de la liberté, mais encore par toutes les exigences du concret. Une institution est toujours plus ou moins un cadre général. Il n'y a de règle que du général.

L'institution est donc toujours, par quelque côté qu'on la considère, un point d'équilibre instable entre deux forces contraires. Tout essai de réduction à l'unité est d'avance voué à l'échec. Le sociologue peut et doit constater le fait : le philosophe seul a le droit d'en rechercher la finalité.

II

On a dit et répété que le droit positif était le décalque abstrait du droit naturel, que le droit positif était le monnayage du droit naturel, l'application du droit naturel aux cas concrets. Partant de ces principes, on a cherché alors quelle pouvait être la fin du droit positif, en quoi cette fin pouvait se distinguer de celle du droit naturel, et quels pouvaient être les rapports entre toutes ces fins. Comme d'autre part tout le monde reconnaît que légiférer est une partie de la Politique, il a bien fallu se rendre compte que le problème des rapports de la Politique et de la Morale se trouvait posé par l'intermédiaire du droit positif et embarqué dans les mêmes difficultés.

Les principales fins que l'on a proposées pour le droit posi-

1. Ces expressions sont empruntées à Hauriou.

tif sont assez connues : la liberté, la justice, le bien commun. Mais alors, selon la fin proposée, le droit positif apparaît tantôt comme étranger à la morale, tantôt comme un prolongement du Décalogue, tantôt comme un droit naturel tertiaire puisqu'il existait déjà un droit naturel primaire et un droit naturel secondaire.

Si le problème des rapports de la morale et du droit positif est encore aussi obscur, c'est que peut-être on s'est obstiné à le poser et à ne le poser que dans l'ordre d'une fin dernière. C'était s'exposer à rechercher ce qu'il doit être avant de rechercher ce qu'il est, et à commettre ainsi une erreur de méthode qui rend toute solution impossible.

Si la règle du droit peut et doit être étudiée d'abord en elle-même, il apparaît aussitôt que le droit positif n'est pas le décalque, le monnayage de la morale ou du droit naturel. Il *doit* être cela ou plutôt il *doit* toujours se subordonner à la morale, même lorsqu'il ne poursuit pas directement la réalisation du bien moral; mais il n'est pas la morale, ni un chapitre de la morale.

A. Une règle de droit n'est pas un vœu du Conseil d'arrondissement. La regle de droit est une institution-chose. Comme toute institution, elle vise au succès. La meilleure loi dans l'ordre de l'intention peut être la plus mauvaise dans l'ordre de l'action. Quelle que soit la fin du droit, par le fait même qu'il vise au succès, l'idée de moralité est incapable de le définir tout entier. Ne savions-nous pas déjà que toute institution est un ensemble de voies et moyens en vue d'une fin sociale ?

Grâce à cette idée de moyen, le juriste — juge, avocat ou professeur — peut et doit, à l'occasion, étudier le droit positif sans regarder aux valeurs que les hommes se proposent de réaliser. La première science du juriste est la connaissance de l'instrument dont il aura à se servir ; sa compétence est de l'avoir bien en main. On a reproché aux juristes français du XIX[e] siècle d'avoir considéré le droit positif comme une pure technique, comme une chose se suffisant à elle-même, sans relation avec le monde des valeurs. Le reproche est assez juste. Mais on n'a pu le formuler (et on ne peut le formuler)

que s'il existe une science de l'*efficience* du droit, science qui échappe à la morale et au moraliste, à l'art et à l'artiste, à l'économie et à l'économiste, bref à toute valeur [1].

Le droit positif est donc un instrument en vue d'une fin sociale à réaliser, c'est-à-dire un tout indissoluble d'idéal et de technique, de moyen et de fin. Aussi n'a-t-on jamais vu le législateur construire le syllogisme pratique des philosophes, ou déduire de quelques principes généraux, quelques principes moins généraux qui seraient le droit positif. Le législateur ne procède jamais à la manière des géomètres qui déduisent les règles du triangle isocèle après avoir déduit celles du triangle en général. Mais, s'étant donné un but social à poursuivre, il construit pour ce but un instrument qu'il espère efficace.

Mais il est facile de constater que la technique ne fait pas oublier le primat de la fin. Lors même que le droit positif se sépare le plus de sa fin pour conquérir une vie séparée, lors même que le juge adopte « l'objectivisme », pour l'observateur qui sait voir, la finalité maintient toujours ses droits contre le systématique, le fond contre la forme, l'idéal contre la technique [2].

Cette façon de concevoir le droit positif diffère profondément de celle qui fait du droit positif un droit naturel monnayé. Par l'appel à la technique, elle permet à celui-ci de se constituer comme fait au moment même où il se constitue comme impératif. L'autre conception, au contraire, oubliant, au moins en pratique, l'élément technique pour ne voir dans la règle de droit que l'expression plus ou moins nécessaire de l'idéal, enferme fatalement le droit positif dans une hiérarchie de fins. Qui dit abstraction ne dit pas négation; mais en oubliant toujours l'aspect technique, en oubliant l'idée de moyen pour ne raisonner toujours que sur l'idée de fin, on ne peut aboutir qu'à des solutions inacceptables. Cet oubli est d'autant plus curieux que la plupart des auteurs catholiques qui l'ont commis et le commettent ne manqueraient pas de signaler ces

1. Cette remarque serait à utiliser dans le fameux problème des rapports de l'Église et de l'État, puisqu'il est intimement lié au problème des rapports de la morale et du droit. Voir dans ce sens l'Encyclique *Quadragesimo anno* édit. Act. Populaire, n° 45 sur les rapports de la « technique » et de la morale.

2. Voir G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Librairie générale de Droit, 1927.

deux idées de fin et de moyen s'il leur arrivait de nous parler des rites sacramentels. Y aurait-il moins de technique dans le Code de procédure civile ?

B. Lorsque le droit est institution, il faut en venir tôt ou tard au problème des fins. Mais quelle que soit la solution proposée, il faut sauvegarder l'autonomie relative des fins intermédiaires : l'idée de fin intermédiaire n'est pas réductible à l'idée de moyen.

On connaît l'antithèse classique de la gamme des valeurs : nous disons d'un lingot d'or qu'il vaut mille francs. Nous parlons alors de valeur économique, la plus égoïste de toutes les valeurs, la plus proche de nos intérêts matériels. Nous disons encore que « tenir l'argent pour chose vile, inférieure et sa possession même un peu déshonorante, excusable seulement à la condition de n'en parler jamais et de montrer qu'on est au-dessus d'une pareille misère »[1] , est le fait des âmes élevées, des âmes de prix. Nous parlons alors de la valeur morale, la plus désintéressée de toutes les valeurs, la plus opposée aux valeurs économiques, celle qui a fait le Poverello. Or, quelle que soit la fin dernière du droit, chacune de ces valeurs peut spécifier un système juridique quelconque : société juridique ou loi particulière. Ainsi chacune de ces valeurs peut devenir juridique et se classer dans l'ordre des fins.

Le problème des rapports de la morale et du droit serait déjà quelque peu éclairci, si l'on s'entendait sur la chose ou les choses, à considérer comme deuxième terme de ce rapport. En d'autres termes, le droit est-il le monopole de l'État ? Ou faut-il voir du droit partout où il y a une fin commune à réaliser ? Les sociétés anonymes, les sociétés sportives, les sociétés artistiques, les sociétés philanthropiques, les sociétés religieuses sont-elles des sociétés juridiques comme les sociétés politiques ? Les philosophes sont presque unanimes à répondre par l'affirmative ; les juristes contemporains sont portés à les suivre. Si nous acceptons l'hypothèse, il faut trouver une fin immédiate qui spécifie ces sociétés juridiques même si nous admettons de par ailleurs que la fin médiate de toute

1. Louis Gillet, *Sur les pas de St François d'Assise*, p. 54.

activité humaine est le bien moral : bien commun ou bien individuel.

Il s'agissait hier de préparer un décret de contingentement des vins d'Italie ; il s'agit aujourd'hui de décider que les majeurs de vingt et un ans n'auront plus à demander l'autorisation de leurs parents pour se marier ; il s'agira demain de renforcer les lois sur la moralité publique. Voilà le droit positif étatique : un instrument à toute fin sociale ; un moyen pour réaliser des valeurs humaines ; un moyen pour une société plus heureuse, plus belle, plus juste. Les professions de foi radicales-socialistes disent : « Pour la République, laïque, démocratique et sociale ». Quelle que soit la fin dernière de l'État, il apparaît donc avec évidence que ce n'est pas elle qui spécifie la technique juridique de nos différentes lois ; ce rôle est réservé à leur fin immédiate.

Le droit est donc un tout indissoluble de donné et de construit qui se suffit dans son ordre sans fermer la porte à quelque ordre supérieur [1]. Cette définition ne supprime pas toute obscurité : elle laisse subsister tout le problème de la hiérarchie. Mais elle nous aide à comprendre le rôle de la machinerie juridique et de ses multiples distinctions entre droit objectif, droit subjectif, intérêt, fonction, charge, pouvoir, capacité, compétence, etc., etc.

III

Des préoccupations philosophiques et des préoccupations juridico-techniques ont placé la doctrine et la jurisprudence sur le chemin de l'institution. Laissons de côté les premières : il ne s'agit ici que de problèmes techniques.

A. Sous l'influence de l'individualisme philosophique, législateurs et juges français du XIX[e] siècle avaient conçu tous les rapports sociaux comme des relations de juxtaposition entre les individus de la Nation. De telles idées philosophiques devaient avoir, et eurent en effet, de profondes répercussions sur « l'ordonnancement juridique positif ».

1. On pourrait faire la contre-épreuve en étudiant les rapports du droit et de la morale sous le régime du droit de subordination.

1° Si dans la réalité sociale il n'y a que des relations de juxtaposition, il convient que dans la réalité juridique il n'y ait que des conventions. De par la volonté du législateur, la convention devenait ainsi le moule universel des relations juridiques dans lequel, bon gré mal gré, juges et citoyens devaient enfermer les relations sociales quand ils voulaient leur faire produire des effets de droit. Contrat, donc, la société civile : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les concitoyens ont le droit de *concourir* personnellement ou par leurs représentants à sa formation » (Décl. 1789, art. 6). Contrat le *mandat* de député : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en *émane* expressément » (Déclar. 1789, art. 3). Contrat le mariage : « La loi ne considère le mariage que comme un *contrat* civil » (Constitution 3-14 sep. 1791. Tit. II, art. 7). Contrat les sociétés commerciales : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter » (Code civil, art. 1832). Contrat l'association : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations » (Loi du 1er juillet 1901 relative au *contrat* d'association : art. 1). Contrat encore, ce qui ne l'est pas : « les *quasi-contrats* sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties » (Code Civil, art. 1371). Voilà « jusqu'où va cette omnipotence de la volonté dans la théorie individualiste classique qui a produit notre code et a été ensuite renforcée par lui »[1]. On en mesurera l'étendue, écrit M. Davy, toujours à propos du quasi-contrat, « si l'on songe que dans les cas où il est impossible de présumer la volonté effective des intéressés, et même dans ceux où il n'y a pas eu, en fait, volonté commune, on invente, pour fonder le droit, des volontés fictives. C'est ainsi

1. G. Davy, *La Foi jurée*, p. 10.

qu'on justifie le quasi-contrat par un soi-disant consentement tacite, la succession *ab intestat* par un testament tacite, la solidarité des obligations par un mandat tacite, etc... » [1].

Au subjectivisme de la loi, il faut ajouter le subjectivisme de la doctrine et de la jurisprudence. La convention devient alors « l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique » (Aubry et Rau). Car tout intérêt n'est pas juridique. Le déplacement d'une gare, d'un marché, d'un abattoir, d'un terminus de tramway ou d'autobus lèse toujours quelques intérêts; mais ces intérêts n'autorisent pas toujours une action en réparation du dommage causé. L'article 1130 du Code civil nous apprend aussi que nul ne peut « renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit », bien qu'il puisse avoir un intérêt évident à le faire. Mais cet intérêt juridique est toujours un intérêt particulier. Nous sommes dans l'hypothèse volontariste. Il appartient toujours à une personne déterminée; et il est toujours mis en œuvre par cette même personne ou par ses ayants-cause. Enfin toute convention « a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire » (Code Civil, art. 1126). Le Code civil dit « tout contrat » : car il distingue encore mal convention et contrat. Mais après 1804 on a précisé le sens de ces deux termes. Le contrat est devenu « une espèce particulière de convention dont le caractère propre est d'être productif d'obligations ». (Planiol). Aux conventions productives d'obligations s'opposèrent donc les conventions qui éteignent une obligation préexistante. Une remise de dette est une convention; elle n'est pas un contrat. Tel était déjà le langage de Pothier et du Code civil lui-même dans son article 1101. « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Quant aux conventions qui modifient une obligation préexistante, elles sont de nouveaux contrats ou de simples conventions selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas novation. L'obligation, enfin, est un lien de droit positif par lequel une personne déterminée est astreinte envers une

1. G. Davy, *La foi jurée*, p. 10.

autre, également déterminée, à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'obligation suppose donc toujours deux partenaires, appelés, l'un créancier, l'autre débiteur. Certes, il y a bien une seconde source d'obligations qui est la loi. Mais celle-ci n'est-elle pas l'expression de la volonté générale c'est-à-dire du contrat social? De par l'article 1126, l'obligation est donc l'unique objet de toute convention. On ne saurait imaginer technique juridique plus simple : un seul acte juridique, la convention ; une seule situation juridique, le droit subjectif ; un seul effet de droit, l'obligation. Rien de plus logique qu'une telle simplicité. Si dans la réalité sociale tout est pour l'individu et par l'individu, il convient que dans la réalité juridique tout procède de la volonté autonome et que tout revienne à cette volonté.

Une pareille technique n'a jamais été qu'un idéal. Mais les exceptions restèrent des exceptions qui ne parvinrent jamais à ébranler l'idéal.

2° A ses débuts l'individualisme juridique n'était pas trop en désaccord avec l'organisation économique et sociale d'alors. C'est pourquoi on a pu soutenir, non sans raison, que l'œuvre napoléonienne ne fut pas une œuvre *a priori;* mais que les rédacteurs du Code civil eurent le souci très réel de l'adapter aux mœurs, aux besoins, au caractère et au génie du peuple français de 1804. En ce sens en effet, le Code civil possède une incontestable « valeur expérimentale »[1]. Mais sous l'influence des idées et des faits, le législateur français a été amené à édicter, surtout après la guerre, une multitude de textes qui ont pour but la protection d'une idée sociale objective et non plus la protection d'un intérêt privé, la protection d'une fin commune et non plus la protection de relations inter-individuelles. Ces nouveaux textes créent, en outre, des actes juridiques qui ne sont pas des accords de volonté, des situations juridiques qui ne sont pas des droits subjectifs, des effets de droit qui ne sont pas des obligations. Devant ces nouveautés, il fallait sortir du volontariste et trouver une nouvelle technique qui soit capable de les expliquer. Duguit proposa la « déclara-

1. J. BONNECASE, « Où en est le Droit civil? », *Cahiers de la Nouvelle Journée,* N° 4, p. 66.

tion de volonté ». Hauriou vint ensuite avec « l'institution ».

Mais on s'aperçut bientôt que ces nouvelles techniques devaient s'appliquer aussi aux « exceptions » et même à une multitude de textes antérieurs, interprétés jusqu'alors par la seule technique individualiste des droits subjectifs. Les nouvelles techniques eurent ainsi effet rétroactif.

En résumé, un certain nombre de juristes en sont venus à la technique institutionnelle, parce qu'ils ont trouvé l'institution dans les textes eux-mêmes. Ayant observé que plusieurs actes juridiques n'étaient pas des obligations... etc., ils ont découvert l'institution en cherchant la nature de ces actes et la source de ces effets de droit.

Après cette introduction historique, il sera facile de comprendre ce que peut être la technique institutionnelle.

B. Nous examinerons cette technique à l'occasion de quelques vieux textes individualistes sur les institutions corporatives.

Pour le juge qui veut utiliser ici la théorie de l'institution, le problème de la fondation corporative est le premier point à débattre dans l'ordre logique et dans l'ordre chronologique : car il importe de dissocier dès l'abord la fondation corporative et le contrat. Cette dissociation peut se faire de deux façons : en invoquant l'incohérence des textes; en invoquant l'impossible harmonie entre les textes et la réalité qu'ils prétendent saisir.

1° Les fondations corporatives ne sont pas le fait de la loi comme les institutions-règles et les institutions-mécanismes; elles sont le fait des volontés communes; la loi se contente de les réglementer; d'autre part, il est évident que la loi n'a pas attendu la théorie de l'institution pour les soumettre à son empire et qu'elle en a toujours réglementé un certain nombre. Dès lors, le premier travail du juriste qui veut se donner les coudées franches est de faire la critique interne de la loi elle-même. La chose est ici très facile.

Prenons, par exemple, l'acte de fondation corporative d'une association ordinaire, et l'acte de fondation corporative d'une société ordinaire. Le législateur appelle ces deux actes des contrats. Il suffit de rapprocher les textes en question pour

se rendre compte de l'incohérence d'une pareille définition.

Article 1101 Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent* ENVERS une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

Article 1832 Code civil : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes *conviennent de* METTRE QUELQUE CHOSE *en commun*, DANS LA VUE de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». On voit bien la pensée du législateur. Ce qu'il tient à mettre en vedette par le mot de contrat c'est que tous les membres de la société restent égaux, qu'elle ne donne point naissance à un droit vertical. Mais alors il ne fallait pas donner du contrat une définition aussi rigoureuse. L'espèce ne modifie pas le genre.

Article 1er de la loi du 1er juillet 1901 : « L'association est la *convention* par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». Le mot de contrat a disparu de la définition mais il est resté dans le titre « loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ». C'est d'autant moins admissible que l'association admet un droit organique interne.

Ainsi, selon les besoins de la cause, le juge ou le juriste pourra insister sur l'aspect égalitaire, ou sur l'aspect organique de l'acte fondation, et s'il a besoin de l'aspect organique point ne sera nécessaire de se mettre en frais d'imagination ; il pourra continuer d'appeler cet acte un contrat ; il lui suffira d'ajouter après avoir montré un certain nombre de différences qui le séparent de l'art. 1101, ces deux mots latins : *sui generis*.

2° La différence entre l'acte de fondation corporative et le contrat peut être présentée encore d'une manière tout à fait générale, en montrant qu'il n'y a aucune adaptation possible entre la définition du contrat (art. 1101) et les phénomènes sociaux de fondation de corporative : si la preuve peut être administrée, c'est le champ d'application de l'art. 4, qui se trouve augmenté d'autant. Cette preuve n'a rien de neuf. Tous les juristes modernes la donnent[1]. La formule de M. Cuche résume fort

1. Voir DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2e édit., t. I, § 33 à 37.

bien le débat en matière d'association. On pourrait la transposer, *mutatis mutandis*, pour tous les autres groupements [1].

Puisque la convention d'association n'est pas un contrat au sens strict, le juge pourra toujours se dégager de l'interprétation contractuelle. Il pourra toujours, par exemple, se dégager de la seconde phrase de l'article premier de la loi du 1er juillet 1901 : « Elle [l'association, ou plutôt l'acte de fondation d'une association] est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ». Le juge pourra toujours montrer que ce texte n'est qu'une directive qu'il vaut mieux ne pas appliquer dans l'espèce à lui soumise [2].

1. Dans le contrat se dégage ce trait essentiel que les parties contractantes, quel que soit leur nombre, se répartissent en deux groupes, entre qui s'établissent des rapports de créanciers et de débiteurs, deux groupes dont les intérêts sont opposés. Chacun poursuit son but.

Dans l'acte d'association, cette distinction des associés en deux groupes n'apparaît pas. Il n'y a pas une offre faite d'un côté et acceptée de l'autre. Chaque consentement n'a pas un contenu différent. A vrai dire, il y a moins rencontre et échange de consentements que fusion de ces consentements, communiant dans la poursuite du même but.

Et s'il s'agit des adhésions postérieures à l'acte d'association, la différence avec le concours contractuel des consentements est encore plus sensible. Suivant la comparaison du doyen Hauriou, ce n'est plus avec de la volonté en fusion que se rencontrent les adhésions nouvelles, mais avec de la volonté solidifiée. Les nouveaux consentements viennent s'incorporer aux anciens, sans que ceux-ci se réveillent en quelque sorte pour les accueillir et s'accorder avec eux. C'est l'adhésion de fait.

Le mécanisme de l'acte créateur de l'association ne ressemble donc pas à celui du contrat. Il est beaucoup plus naturel de comparer cet acte au vote d'une loi par une assemblée législative.

Si la loi avait une origine contractuelle, il serait indispensable qu'elle fût votée par l'unanimité des représentants. La résistance d'un seul d'entre eux mettrait obstacle au vote, comme le refus d'un seul contractant s'oppose à la conclusion d'un contrat.

De même, le caractère contractuel ne saurait être reconnu au vote des statuts de l'association au moment de l'acte créateur. Le procédé d'élaboration du droit statutaire ne diffère pas dans son essence de celui du droit légal ; tous deux aboutissent à la formation de règles institutionnelles soustraites à la précarité et à la relativité de la règle contractuelle.

Cette règle institutionnelle s'imposera à la minorité qui l'a combattue, comme aux adhérents futurs qui ne l'auront pas votée.

Il semble donc que l'on s'accorde aujourd'hui à reconnaître la nécessité d'une catégorie juridique nouvelle pour y classer ces actes complexes caractérisés par une juxtaposition de volontés, dont le concours ne donne cependant pas naissance à une situation contractuelle. On propose de les désigner par le terme générique d'acte collectif ou d'acte commun, traduction exacte du vocable allemand gesammtakt, déjà en usage dans les ouvrages de droit public. P. Cuche. « Conception juridique de l'association et son évolution ». *Congrès de la Liberté d'Association.* Compte rendu 1927, p. 32-34.

2. « L'institution apparaît ainsi comme *un donné sociologique* auquel le droit

Rejeter le contrat n'est pas adopter l'institution; mais c'est toujours adopter, plus ou moins, le point de vue de la finalité sociale et de la fonction. L'importance du nouveau point de vue ne sera pas la même partout ni toujours. Elle variera avec les situations soumises au juge[1]. Voyons cela par un exemple.

C. La loi de 1867 sur les sociétés anonymes peut recevoir deux interprétations : l'interprétation contractuelle et l'interprétation institutionnelle.

L'interprétation contractuelle est la première en date; elle domine encore la doctrine et la jurisprudence. D'après ce système, il n'y a dans la société anonyme que des volontés individuelles, des intérêts privés et des obligations civiles (au sens technique du terme). Comme l'assemblée des actionnaires ne siège pas en permanence, elle confie à des mandataires, appelés directeurs, l'exécution de ses volontés et charge des commissaires d'exercer une surveillance générale sur la marche de l'affaire. Naturellement, tous ces gens-là sont révocables *ad nutum*. La théorie contractuelle exigerait bien, en stricte rigueur, que les décisions de l'assemblée générale soient prises à l'unanimité, mais une fiction légale vient heureusement tourner la difficulté. En entrant dans la société, chaque actionnaire est sensé vouloir tout ce que veut la majorité. Puisqu'il

positif reconnaît plus ou moins largement *la capacité juridique*. En sociologie, le problème de l'institution est un problème de *morphologie ;* en droit, il est une question de qualification juridique, de reconnaissance, d'existence, *d'ontologie :* ce dernier terme étant comme on le sait, le sous-titre du livre de Georges Renard : Essai d'ontologie juridique. M. Prelot, « La Théorie de l'Institution et la technique juridique ». *Cahiers de la Nouvelle Journée,* n° 20, p. 211.

1. « Est-il pratiquement sans intérêt que le législateur ou le juge conçoive le droit de propriété comme le corollaire et le prolongement indispensables de la liberté humaine, ou bien qu'il reconnaisse un élément de fonction sociale incompatible avec le « *jus abutendi* » exercé sans limite?

« Est-il indifférent de considérer l'état de mariage comme une situation à caractère contractuel prépondérant, où l'intérêt personnel des conjoints contractants est mis au premier plan, ou bien comme une situation institutionnelle, dont la durée ne saurait être subordonnée à la persistance des consentements qui lui ont donné naissance?

« Est-il indifférent d'avoir une « doctrine sociale » pour élaborer la réglementation légale du contrat individuel ou du contrat collectif de travail, de leur nature et de leurs effets?

« Enfin, pour tout réunir en une formule :

« Est-il indifférent de donner à la règle de droit l'autonomie de la volonté comme fondement ou de donner à la volonté la règle de droit comme but? »

P. Cuche, *En lisant les juristes philosophes,* p. 8-9.

n'y a pas d'intérêt commun et que la minorité veut ce que veut la majorité, les décisions de l'assemblée sont inattaquables pourvu qu'elles soient régulières en la forme et prises en connaissance de cause; même si les décisions de l'assemblée sont dictées par l'intention de nuire, même si elles accordent « aux administrateurs *quitus* ou décharge de la responsabilité des dols ou fautes lourdes qu'ils ont pu commettre dans l'exécution de leur mandat »[1], la minorité reste sans recours.

D'après la théorie institutionnelle, la société anonyme ne découle pas d'un contrat, mais d'un acte de fondation : on sait déjà comment le juge peut s'y prendre pour établir cette première vérité. Il ne trouvera pas difficile non plus à établir que les effets de droit qui découlent de cet acte de fondation ne sont pas des obligations. Ayant ainsi écarté les intérêts privés, il lui sera facile de faire appel à la finalité sociale. Les administrateurs ne sont plus des mandataires mais des gouvernants dont le premier rôle est de servir la fin commune de la société. Les actionnaires même majoritaires ne sont pas tout-puissants : comme les minoritaires, ils sont membres d'une cause commune[2]. C'est pourquoi une jurisprudence récente a pensé que la minorité avait le droit de demander et d'obtenir la dissolution d'une société dont le fonctionnement était rendu impossible par de fréquentes décisions abusives de la majorité. « Attendu... que la Cour d'appel déclare que la société est divisée en deux parties, que la majorité cherche à évincer la minorité; que des discussions intestines et la mésintelligence existent non seulement entre les administrateurs, mais encore entre les sociétaires... que des personnes travaillant ensemble ou tout au moins faisant même travail ne peuvent continuer à le faire dans de bonnes conditions... »[3]. L'arrêt est d'autant plus intéressant que l'actionnaire mécontent a toujours la faculté

1. EMILE GAILLARD, *La société anonyme de demain*, p. 17.

2. « Les traits essentiels, caractéristiques de la théorie de l'institution, sont, selon nous, les suivants : D'abord, toute institution, par sa nature même, par les solidarités qu'elle organise, exige, au lieu de la souveraineté des membres qui la composent, un certain sacrifice de l'autonomie de chacun. En second lieu, ce sacrifice a sa raison d'être dans l'intérêt collectif des individus qui doivent le supporter. Ensuite, ce sacrifice a des limites fixées par l'objet de l'institution. » G. MORIN, *Vers une Technique juridique nouvelle*, « Archives de Philosophie du Droit », 1931, n°s 1 et 2, p. 85.

3. Cassation, Chambre des requêtes, 10 mai 1926. D. 1927. 1. 135.

de sortir d'une société de capitaux dont il désapprouve la gestion : il lui suffit de vendre ses actions.

Conclusion.

La théorie de l'institution répond à deux grandes *nécessités sociales*. — La première, c'est de réintroduire la finalité dans les rapports sociaux : il faut remplacer l'ordre causal des intérêts par l'ordre final des buts, et des buts soumis à la morale. Dans une société où la division du travail accuse les inégalités économiques, il faut réintroduire l'humanité dans l'ordre juridique positif sous peine d'abandonner les faibles à l'exploitation des forts. — La seconde nécessité sociale est de protéger l'idée : le droit volontariste est entièrement tourné vers les individus; il ne connaît que des intérêts privés, que des volontés *ut facultas*, des obligations civiles, et des contrats. Sous la pression des faits économiques, la solidarité organique est allée en se développant, et les intérêts collectifs, que l'on voulait supprimer, sont allés en se multipliant. Aujourd'hui leurs exigences sont telles qu'il faut leur accorder droit de cité. Lorsque ces intérêts peuvent s'appuyer sur une volonté particulière (dont ils définissent alors la fonction sociale) ou sur une institution corporative, il leur est facile de prendre place dans notre droit positif. Mais lorsque l'idée sociale objective ne peut s'appuyer ni sur une « collectivité sous-jacente », ni sur un « droit subjectif », bref, lorsqu'elle ne peut trouver une « technique-droit », la « technique-fonction » lui est généralement interdite. S'il y a quelques propriétés institutionnelles en droit public, il n'en existe pas encore en droit privé : la bienfaisance qui ne va pas à l'État est une bienfaisance interdite. Il serait injuste de méconnaître les progrès de notre droit privé vers la « technique-fonction » : l'histoire de la stipulation pour autrui serait là pour le prouver. Mais la « technique-fonction » n'est encore qu'une exception que le législateur, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore pleinement acceptée.

L'ordonnancement juridique positif devait traduire à son tour cette double nécessité. *L'ordonnancement juridique positif*

est pour l'homme : c'est le principe premier de toute vie sociale... à moins de nier les droits de la personne. Mais le moyen de mettre en œuvre ce principe est essentiellement variable. Tantôt la personne humaine avec ses libertés nécessaires occupera le premier plan de la scène juridique, tantôt les choses, qui satisfont à ses besoins, lui raviront cette place, tantôt les idées autour desquelles les hommes se groupent et s'organisent. Mais il faut bien reconnaître que jusqu'ici les divers droits positifs se sont beaucoup plus occupés des personnes et des choses que des idées. Depuis Rome, la plupart des Codes civils comprennent trois parties principales : « livre premier, des personnes » — « livre deuxième, des biens » — « livre troisième, des différentes manières dont on acquiert la propriété ». — Dans une société primitive où la différenciation des fonctions économiques est à peine ébauchée, — dans une société « segmentaire », dirait Durkheim, — un pareil oubli de l'idée est sans inconvénient pratique grave : les hommes n'étant pas groupés par « fonctions complémentaires », mais étant « juxtaposés par similitudes », le rôle de l'idée est théoriquement nul. Dans nos sociétés contemporaines, au contraire, où la « division du travail social » enchaîne tous les individus d'un même groupe au bien commun de ce groupe, le rôle de l'idée apparaît chaque jour primordial et le droit ne peut plus le méconnaître ; il doit légaliser la technique-fonction.

Économie dirigée ou contrôlée, théorie de l'institution, ne sont ainsi qu'un seul et même problème sous des aspects différents : l'aspect politique et l'aspect juridique.

Vanves. A. DESQUEYRAT.

LA LIMITATION DU POUVOIR DANS UN ÉTAT MODERNE

De nos jours les États modernes subissent des transformations profondes. Les théories affirmant la nécessité d'une étatisation ou socialisation intégrale des organes et moyens de production de la nation ou tout au moins, les systèmes politiques favorables à une réglementation et à un contrôle toujours plus étroit de la vie économique inspirent les bâtisseurs de constitutions nouvelles. Ce mouvement semble vouloir ébranler les assises des États conçus selon les formules chères au libéralisme des XVIII[e] et XIX[e] siècles.

Reprenant le travail constant d'adaptation des organes de l'État aux nécessités du moment, en fonction des progrès de la civilisation, on veut donner une armature plus puissante que jamais au corps social. Face à l'individu, l'État s'affirme au point de ne voir dans l'homme qu'un élément social nécessaire à sa vie. Quant à l'homme, il n'est rien en lui-même. Il n'a de valeur que dans sa relation avec ses semblables. Toute activité humaine ne prend donc de sens, ne reçoit de garantie, n'est reconnue par la loi que dans la mesure de la fidélité à la réglementation et à la direction émanant du pouvoir central. C'est toute la tendance corporative : tous unis sous une autorité forte, collaborant et réalisant la fonction sociale reçue, créent au profit de leurs frères, du pays tout entier, et dans leur propre intérêt aussi, l'État riche et fort, équilibré et parfait. La prospérité matérielle est atteinte ; le bonheur est assuré pour tous. C'est le triomphe même du pouvoir. Et de fait, à en juger selon les apparences extérieures, les États où se manifestent le plus ces tendances au contrôle, à l'absorption de l'activité universelle, à l'extension indéfinie de l'action de l'État, connaissent sous des formules variées, le régime de la dictature : une hypertrophie du pouvoir.

Et cependant, nous voudrions montrer, en prenant nos exemples dans la vie de la nation française, qui ne peut être en dehors de ce mouvement universel, que ce grand courant d'unification, par mainmise de l'État sur toute activité, nous oblige à poser une conclusion contradictoire. Accroissement du pouvoir, telle est la formule actuelle. Or, nous croyons pouvoir affirmer que si apparemment on aboutit à un renforcement du pouvoir central, de fait on tend sous le coup de la diversification des champs d'action à une diminution effective du pouvoir. Ce dernier doit accepter d'être contrôlé, donc limité par ces individus qu'il prétend diriger. L'autorité s'exerce en effet à l'occasion de tous les besoins de l'individu. Elle ne vient plus seulement permettre l'action des particuliers par la sécurité qu'elle assure aux relations sociales, par la sanction qu'elle procure aux conventions et contrats. Mais participant à cette activité, nous voyons l'autorité gagner en complexité et en extension, mais perdre par le fait de sa diversité et de sa multiplicité, en intensité et en puissance. Le multiple dissocie l'un, accroît sans fin sujets et objets, et du même coup l'affaiblit en lui-même. L'État se met au service du particulier; il descend, oserions-nous dire, au rang de collaborateur des individus. C'est pourquoi il se doit d'obéir à la loi commune tout comme ceux qu'il prétend asservir. Sans doute, il reste maître de la loi, mais c'est encore selon des limites certaines réelles bien qu'imprécises. Il se détermine lui-même par les lois qu'il impose à toutes les activités, donc à ses propres activités. Aussi devant ce flot sans cesse accru des fonctions publiques qui risquent de submerger la vie personnelle des individus, on peut voir ces mêmes individus bénéficier de ces extensions de la vie administrative, parfaire le contrôle même de ces pouvoirs grandissants. L'autorité se met au service des individus.

Et c'est pourquoi l'étude de certains aspects de la vie d'un État moderne comme la France nous permet de justifier une affirmation en apparence contradictoire : si l'État moderne a plus de *pouvoirs*, que l'État d'autrefois, il a par contre beaucoup moins de *pouvoir* que l'État d'Ancien Régime.

Nous nous limiterons à l'analyse rapide de l'évolution historique d'un organe essentiel de l'État français, considéré en

lui-même et étudié dans son activité. Notre observation portera sur le rôle joué durant le XIXe siècle par le Conseil d'État : organe de contrôle des actes des différents fonctionnaires et des services de l'État. Un premier intérêt de l'étude de ce tribunal administratif découle du fait qu'il a pour ainsi dire subsisté au travers de toutes les crises vécues par la France depuis 1789. Sa jurisprudence se présente donc comme un témoin de la vie des idées politiques en France; elle en trahit toutes les tendances. L'importance de ce sujet, à première vue si spécial, s'accroît encore par le fait que le contrôle s'étend à tous les actes et suit une courbe parallèle à celle que suivent les fonctions diverses de l'État. Il aura enfin l'avantage de nous montrer les conséquences des actes du pouvoir au point précis de rencontre des intérêts des particuliers et des pouvoirs de l'État, des droits des individus et des charges qui découlent des fonctions créées ou acceptées par l'Etat.

On comprendra qu'une telle matière exige, pour qu'on en déduise une conclusion ayant quelque valeur, un exposé un peu technique, peut-être trop; nous croyons devoir notamment donner certains détails soit d'ordre historique, soit purement juridique, qui, s'ils ne vont pas directement à notre preuve, sont pour le moins utiles à la compréhension exacte de la vie et de l'influence du Conseil d'État.

*
* *

Remarquons en premier lieu que nous ne voulons pas tirer argument d'une étude des théories sur la nature du pouvoir. Rappelons seulement : pour le légiste d'Ancien Régime, le pouvoir souverain est cause première et efficiente de tous les autres pouvoirs. Ces derniers dérivent et tirent leur raison d'être, et donc leur autorité du premier pouvoir : celui du roi légitime. Le souverain, par une diversification et une adaptation, que commandent la vie de son royaume et les besoins de ses sujets, assure la réalisation des charges et obligations inhérentes à son pouvoir. Donc conception d'une autorité essentiellement une et forte. Pour nos esprits modernes, l'État doit poursuivre la réalisation du bien com-

mun, mais sous l'action d'une technique juridique de plus en plus complexe, la fin commune à tous les citoyens va se diversifier en de multiples fins particulières et spécialisées. A ces fins va répondre toute une hiérarchie de fonctions publiques. Le fonctionnaire aura un devoir à remplir; par là se fondent en sa faveur des droits. Il a l'autorité, mais une autorité limitée, qui entre en concours avec un nombre considérable d'autres autorités diverses et multiples.

De ces deux conceptions retenons qu'elles ne préjugent en rien de la diversité et de l'importance du rôle de l'État. Sans doute elles fondent différemment le droit des citoyens au regard de l'État; mais des deux côtés nous trouvons et droit ou autorité, et obligations ou charges. Avouons cependant qu'au point de vue purement juridique la théorie moderne donne aux citoyens en face de l'autorité dont on affirme plus nettement les devoirs et la fonction, une raison d'où dérive nécessairement le moyen de faire valoir ses droits, de les faire respecter, d'obtenir des fonctionnaires ce pour quoi ils sont créés.

Nous n'avons pas non plus à analyser les multiples fonctions politico-économiques de l'État. Nous ne pouvons étiqueter, hiérarchiser les divers aspects de la vie nationale : ses organes, ses moyens. Acceptons le fait signalé précédemment : l'État absorbe de plus en plus de nos jours la vie économique. Ce qui nous importe, c'est une conséquence : l'individu, de moins en moins, une personne, n'est plus seulement un citoyen, un électeur, un soldat, il est un pensionné, un réserviste, un ouvrier ou un chômeur, un malade ou un vieillard qui vit plus ou moins pour et par les services publics. S'il est un citoyen conscient, il est surtout un citoyen organisé, c'est-à-dire encadré et dépendant. Quand et comment pourra-t-il s'affirmer devant cette lourde machine toujours plus avide, être un être libre et qui a des droits?

Enfin nous n'avons pas à faire l'esquisse de toute la vie de l'État français depuis 1789, à redire les mouvements politiques, les changements de régime, à exposer les diverses formules d'organisation, les multiples constitutions qui se sont succédé, à voir dans ce dédale et cette complexité quels étaient les droits du citoyen en face de l'Empire, du pouvoir

royal ou de la République. Cependant c'est en grande partie sous l'aspect historique que nous présenterons les arguments en faveur de la thèse initiale. Ainsi apparaîtront mieux les différents éléments de la situation actuelle. C'est d'autant plus important que seules des raisons historiques l'expliquent et la justifient. Nous aurons même là un des plus beaux exemples dans le droit français de la force de la tradition et de la vie profonde des institutions en l'absence de textes législatifs : ici, la loi ne crée pas le mouvement, elle le consacre purement et simplement.

L'énoncé précis du problème devient celui-ci : au cours du XIX[e] et au début du XX[e] siècle, comment un organe de l'administration de l'État a-t-il su, par la permanence de son action, pénétrer l'évolution des pouvoirs de cet État, la diriger et même en limiter l'étendue ? Autrement dit, comment en face des pouvoirs d'un État qui augmentent en nombre et qui se diversifient afin de mieux répondre à tous les besoins sociaux, comment s'est affirmé, s'est précisé et affiné un pouvoir de contrôle des moyens employés par les fonctionnaires, pouvoir de véritable contrainte qui assurera l'adaptation des moyens à la fin commune et diminuera donc effectivement le pouvoir?

Tout d'abord que l'État ait besoin d'un contrôle, qui en douterait ? Il faut combiner des fins particulières entre elles et même les hiérarchiser en fonction de fins plus hautes. Il faut régler des rapports entre des hommes libres, égaux ou jouissant d'une supériorité quelconque, assurer un équilibre entre des forces qui s'opposent tout aussi souvent qu'elles se combinent. Arrêtons-nous au fait : les conflits sont inévitables entre celui qui exerce un pouvoir et celui qui le subit, entre celui qui remplit les obligations de sa fonction et celui qui en attend certains résultats.

Comment un État peut-il offrir à ses citoyens un moyen efficace d'entrer en rapport avec lui au cas de conflit, un moyen de contrôler sa propre autorité ? Il convient en premier lieu que ce soit l'Etat lui-même qui offre le moyen de contrôle : c'est au pouvoir lui-même de se donner une limite. A l'image de l'homme qui est moralement conscient de ses actes, l'État doit par certains de ses organes prendre conscience et de sa fin et de ses actes et de leur rapport avec cette fin, quitte à

rejeter, à briser certains actes qui s'opposeraient à cette norme. Cette relation de l'acte à la fin ne prendra pas le nom de moralité, mais, pour des raisons techniques, on parlera de licéité ou d'équité.

Dans un État de rêve, on pourrait concevoir que le contrôle des actes de l'administration incomba à l'assemblée des représentants du peuple. En 1792 et 1793, que de pétitions furent ainsi présentées, défendues à la barre même de la Convention! Émanant du peuple qui a la vraie souveraineté, n'est-ce pas à l'assemblée d'exprimer dans des décrets et des lois la volonté nationale et d'en vérifier l'application au mieux des intérêts du pays? Par qui pourraient être mieux défendus les citoyens si ce n'est par leurs propres représentants?

En réalité, le législatif a exercé et exerce encore de nos jours un certain contrôle de la vie de la nation. Il assure réellement la limitation du pouvoir actif dans l'État, c'est à dire de l'exécutif et de l'administration par le vote de lois obligatoires, tout spécialement par la loi du budget, et par l'application du principe parlementaire qui veut que les chefs de l'exécutif, les ministres, soient responsables politiquement devant lui. Mais ici il s'agit du contrôle de la vie proprement administrative, dans ce domaine où les fonctions se sont précisément multipliées et qui théoriquement échappent aux influences de la politique.

A quelle solution s'arrêter? Il s'agit de déterminer l'étendue de droits, de fixer la portée d'un pouvoir confié à des fonctionnaires. Aussi la question va normalement se poser à l'occasion de conflits et de procès où les parties sont les citoyens et l'État. Ce contrôle de l'administration par le judiciaire n'a rien d'une solution théorique et chimérique ; c'est la solution appliquée dans les pays anglo-saxons. Si l'administration veut des juges, si elle entend agir en respectant les lois comme tout bon citoyen, qu'elle accepte de se présenter pour tout procès devant le juge de droit commun. Solution claire et nette qui met sur pied d'égalité les deux parties en conflit.

Mais c'est à l'opposé même de la tradition politique française depuis 1789. Ce n'est pas certes qu'avant la Révolution il n'y ait eu précisément un premier essai de contrôle du pouvoir par le judiciaire. Ce sont les faits antérieurs à 1789 qui expli-

quent le rejet de cette solution dans notre constitution actuelle. Sous la Monarchie régnait le principe de la confusion des trois pouvoirs ; ils étaient effectivement confondus dans la personne du Roi. Cependant au cours des siècles le pouvoir dut composer avec plus d'une force du pays : les grands féodaux, les États-Généraux qui esquissent de 1302 à 1614 une certaine séparation des deux pouvoirs exécutifs et législatifs, les Parlements surtout. En effet, pendant l'Ancien Régime on assiste au développement d'un pouvoir judiciaire toujours plus autonome et qui, se considérant comme héritier d'anciens droits ou du peuple ou des grands feudataires, s'efforce de limiter l'absolutisme du pouvoir central. Créés pour servir le Roi, ils vont s'opposer à ce Roi par leur droit d'enregistrement des ordonnances et celui de remontrance. Au XVIIIe siècle la crise ouverte par les prétentions parlementaires dans le domaine politique est grave : les juges et conseillers se croient de véritables supérieurs hiérarchiques pouvant intervenir à l'occasion de tout acte de l'administration active.

En retour, il existait au profit du Roi une confusion du judiciaire et de l'exécutif. En vertu de principes féodaux, le Roi pouvait toujours évoquer en son conseil une affaire déterminée. Après des luttes parfois pénibles, il restait en dernier lieu le vrai chef. A la veille de la Révolution on trouve donc à la fois une immixtion des Parlements dans l'administration et l'intrusion du pouvoir royal dans la justice.

1789 : la Révolution dans son esprit est l'héritière des philosophes et, en notre matière, surtout de Montesquieu. Elle va donc poser et cela dès le 26 août 1789, dans la Déclaration des Droits de l'homme le principe fondamental : « Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée, n'a pas de constitution ». On n'oublie pas non plus toutes les luttes du pouvoir royal avec les Parlements ; élément de progrès il y a quelques mois, le Parlement pourrait être même un élément de réaction ; il convient de briser définitivement toute action politique du judiciaire. De là découlera dans la Constitution l'organisation de la justice ayant à sa base le principe de l'élection des juges ; quant aux Parlements, ils sont purement et simplement supprimés ; Bonaparte devra les rétablir sous la forme des Cours d'appel.

Mais sous la pression des faits, on aboutit à une réelle déformation du principe théorique de la séparation des pouvoirs. Pour accomplir son œuvre, la Révolution devait multiplier les attentats contre les biens et contre les personnes. Il importait plus que jamais d'écarter le contrôle judiciaire des actes de l'administration. 1793 et 1794 sont des années de vraie dictature où le pouvoir est par excellence un et fort. L'administration ne veut et ne doit être que seule en face d'elle-même et en face de tout citoyen. Pour étayer ces affirmations, il faudrait citer des textes législatifs : 1790, 3 Septembre 1791, 16 Fuctidor an III : défense nette est faite à tout tribunal « de connaître des actes de l'administration de quelque espèce que ce soit ».

L'époque révolutionnaire ne connait-elle donc aucun conflit entre l'administration et les citoyens, aucune limite à son pouvoir? Qui va alors limiter l'arbitraire? Dès le 16 Septembre 1790 le moyen est donné : le contentieux administratif, c'est à dire toute question de procès, conflits entre administration et citoyens, particulier ou personne morale, à l'occasion de contrat ou d'acte de cette administration —, est rattaché à l'administration elle-même. L'administration active est juge en sa propre cause. Le principe de la séparation est du coup violé : l'administrateur devient un juge. La séparation si nettement marquée est maintenue au prix d'une confusion. Durant ces années, en pratique, c'est en se basant sur ces deux premiers principes, séparation du judiciaire et de l'administratif, mais confusion au sein même de l'administratif d'une partie du judiciaire, que la vie de l'État français va se poursuivre. Et c'est le principe de la confusion et non de la séparation des pouvoirs, dont il est une violation manifeste, qui va commander jusqu'à nos jours notre administration et son contrôle. C'est un héritage de la vie parlementaire au XVIIIe siècle et de la Révolution.

Avant de passer à l'étude du contrôle tel qu'il découle du principe de la confusion des pouvoirs au sein de l'administratif, signalons que dans la solution anglo-saxonne qui soumet les actes de l'administration à la juridiction de droit commun, on ne donne pas en fait une supériorité au juge, qui, elle, créerait une nouvelle confusion ; car d'un mot : le juge, dans un procès, n'agit pas ou ne nuit pas, il juge et c'est tout.

*
* *

Nous arrivons enfin à l'étude du contrôle tel qu'il existe en France; contrôle d'où dérive nécessairement la limitation du pouvoir de l'État. C'est donc au sein de l'administration que nous le trouvons et en fait c'est le Conseil d'État qui le réalise. En vertu de quel principe? Qu'est-ce que le Conseil d'État? Comment s'explique-t-il historiquement? Comment a-t-il évolué au cours du XIXe siècle? Par quels actes va-t-il exercer son contrôle et notamment qu'entend-on par recours pour excès de pouvoir? Autant de questions auxquelles il faut répondre.

Dans son principe, une juridiction administrative ne se justifie pas théoriquement : on ne peut être à la fois et juge et partie dans un même procès. Et cependant en l'an VIII, Bonaparte, héritant de l'Ancien Régime, combinant en outre avec les principes de gouvernement qu'il accepte de la Révolution sa volonté de ne négliger aucun vrai moyen pour une action gouvernementale forte, centralisée, mais aussi intelligente, appliquera, peut-être implicitement, un principe de séparation des fonctions dans l'administration Donc la confusion capitale des pouvoirs qui jouait au profit du pouvoir central, va en pratique se nuancer. Trois grandes fonctions vont s'opposer : la fonction active qui veille au fonctionnement quotidien de l'État : le chef de l'État et ses ministres, le préfet, les maires : autant de fonctionnaires actifs; la fonction délibérante qui décide, mais n'exécute pas; ce sont des assemblées : conseil général et municipal; la fonction consultative qui donne des avis et c'est soit le Conseil d'État, soit le Conseil de préfecture. Or ce qui est bien proche d'un avis, c'est un jugement. D'où c'est cette administration consultative qui va recevoir la fonction juridictionnelle, qui contrôlera, qui jugera.

La justice administrative tire donc sa raison du principe de la séparation des fonctions au sein de l'administration; l'administrateur consultant, tout en étant un administrateur sera juge des autres fonctionnaires.

Avant la Constitution de l'an VIII qui crée le Conseil d'État qu'avions-nous en France? Sous l'Ancien Régime, le tribunal administratif au sens strict apparait au XVIIe siècle. Antérieu-

rement on avait la Cour des Comptes, la Cour des Aides, les Grands Maîtres des Eaux et Forêts, mais c'étaient des organes de l'ordre judiciaire. Dès la fin du XVe au contraire tend à se former dans le Conseil du Roi une juridiction administrative : c'est le Conseil privé ou des Parties. Au XVIIe et XVIIIe siècles il deviendra un organe réclamant de ses membres une réelle compétence technique. Après les décisions de Richelieu en 1630, l'organisation était ainsi fixée : comme suite au premier examen d'un conflit par le Conseil des Dépêches, l'affaire était renvoyée ordinairement au Conseil des Parties qui faisait vraie figure de tribunal. On y trouve les Conseillers d'État, vrais juges, les Maîtres des Requêtes qui instruisent les affaires. A la fin du XVIIIe : 40 conseillers, 80 Maîtres des Requêtes. Statuant en matière de contentieux administratif ce Conseil de 1789 est notre Conseil d'État.

Dans la Constitution de 1791 le pouvoir de juger les actes administratifs passe au Roi et à ses ministres. Après 1792 ce même pouvoir est donné aux Représentants de la Convention et en 1793 il appartient notamment aux envoyés en mission dans les départements. Dès 1794 enfin, il est réservé aux ministres. Le maître donc, le seul, c'est l'administration et il n'est pas question d'un tribunal spécial.

Qu'allait donc faire Bonaparte? Restaurer l'institution de l'Ancienne Monarchie : le Conseil d'État, et cela en en faisant un élément de l'organisation constitutionnelle du Consulat, plus tard de l'Empire. Comme organe consultatif, le Conseil d'État, surtout dans ses premières années, a eu une influence considérable dans la réorganisation de la France. Il faudrait avoir décrit l'état du pays à la fin du Directoire et montré la transformation profonde de 1800 à 1810 pour comprendre comment le Conseil d'État a servi Napoléon et comment d'ailleurs lui aussi s'est servi de cet organe remarquable de la Constitution. Ce rôle se poursuit de nos jours, mais il échappe à beaucoup.

Ce qui importe le plus c'est de voir, comment le Conseil d'État est devenu en partie tout au moins un tribunal. Nous ne parlerons que de ce rôle du Conseil d'État et nous verrons qu'à l'inverse de sa fonction strictement consultative, sa fonction judiciaire va se développer.

La commission du contentieux, c'est-à-dire le tribunal admi-

nistratif a été créé au Conseil d'État par un décret impérial du 11 juin 1806. Elle est présidée par le Grand Juge, c'est-à-dire par le Ministre de la Justice. Son rôle est de préparer l'instruction des affaires, d'élaborer des rapports et de soumettre des projets de décision. Le Juge, c'est l'assemblée générale du Conseil d'État qui comprend tous les conseillers ordinaires ou extraordinaires. Ces derniers sont d'anciens fonctionnaires dont le gouvernement peut toujours augmenter le nombre pour trouver une assemblée en harmonie avec ses vues politiques.

La Restauration vient consacrer un tel organe de gouvernement. C'est si bien l'ancien conseil d'avant 1789; d'ailleurs depuis 1810 de nombreux auditeurs au Conseil, devenus Maîtres des Requêtes ou Conseillers, étaient de vieille noblesse. Jusqu'en 1830 dans tous les cas, même comme tribunal, le Conseil d'État est et reste un corps consultatif. Sans doute le Roi se borne à donner force exécutoire aux avis de son conseil, mais en principe c'est le Chef de l'État, de l'administration, qui tranche les procès en son Conseil.

Dès l'Ordonnance du 21 août 1830, avec la Monarchie de Juillet, la libération et la croissance commencent. Plus de conseillers extraordinaires comme juges. En 1831, les débats sont publics et on peut défendre son procès par avocat. En 1849, il semble qu'on soit enfin libre : une seule section instruit et juge, étant tout à fait indépendante au regard du Ministre de la Justice. Mais dès le 25 Janvier 1852 avec l'Empire personnel les pouvoirs du Conseil d'État marquent un recul. Le Chef de l'État représenté par son Ministre est le Président nécessaire du Conseil. En 1870, cette nouvelle organisation s'écroule et c'est la loi du 24 Mai 1872 qui reprenant certaines décisions de 1852, règle la vie du Conseil d'Etat. Le plus gros changement découle d'un principe nouveau ; l'article IX décide que le Conseil d'État statue souverainement en matière contentieuse administrative, c'est-à-dire qu'il rend des arrêts véritables et exécutoires par eux-mêmes. Il n'est plus question d'une délégation du Chef de l'État présent en son Conseil ou censé présent.

Depuis 1872, ce qu'il nous faut maintenant bien remarquer, c'est l'accroissement du nombre des affaires, l'extension de la compétence et en retour le développement des organes de ce tribunal. En 1890, 186 recours pour excès de pouvoir ; en 1908,

1.160. En 1909, au 1er Octobre, 4.107 pourvois en retard. De 1903 à 1908, 18.978 pourvois, notamment à l'occasion des lois religieuses et c'est l'État lui-même qui favorise cet accroissement. Comme conséquence, une série de lois de 1900, 1910, 1923, transforme l'organisation intérieure et essaye d'adapter suivant les besoins.

Actuellement le Conseil d'État est ainsi composé : une section permanente ou section du Contentieux, qui depuis 1923 comprend 4 comités d'instruction et 2 sous-sections de 6 conseillers-juges. Une section spéciale ou du petit contentieux pour les questions d'élection et de contribution directe qui se subdivise en 3 sous-sections. Pour assurer l'unité de jurisprudence en cas de conflit de décisions, on réunit l'assemblée publique du Conseil d'État au contentieux. Malgré ces efforts, un arrêt du 25 Février 1924 était rendu pour une affaire dont la requête avait été déposée 8 ans auparavant. Un autre arrêt du 25 Janvier 1919 liquidait une affaire soumise au tribunal en 1907 et au 1er Janvier 1923 on comptait 7.000 dossiers en retard. Dernière remarque intéressante : en vertu de l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875, c'est l'exécutif qui nomme tous les Conseillers. Normalement on entre comme auditeur au concours, mais tout aussi bien sans concours et par faveur ministérielle. A l'égard du pouvoir, peu d'entraves à l'arbitraire, pouvoir presque discrétionnaire du ministre. Ce sont des fonctionnaires.

Et cependant nous allons le voir en étudiant plus à fond une des procédures devant le Conseil d'État, le recours pour excès de pouvoir, ce système est heureux. Le juge ordinaire, inamovible, devant le pouvoir politique est timide ; le juge administratif, précisément parce que de l'administration, parce qu'il se considère comme élevé dans la hiérarchie, est hardi.

Qu'entend-on par recours pour excès de pouvoir? C'est un recours, un moyen de procédure judiciaire aboutissant à une sentence formulée par des juges au nom de la loi, offert à toute personne physique ou morale, française ou étrangère, au cas de lésion d'un intérêt, lésion découlant d'une décision administrative illégale, pour en demander l'annulation. C'est donc un recours pour annulation porté devant le Conseil d'État contre les actes de l'administration.

Du côté des individus, c'est le droit de provoquer un contrôle des actes de l'administration et de défendre ses intérêts quand ils sont lésés. Du côté de l'administration, c'est un acte d'instrospection qu'un citoyen impose et par lequel l'État examine un acte de son administration au point de vue de la discipline interne.

Comment expliquer et justifier ce recours? C'est la coutume et la jurisprudence du Conseil d'État qui ont tout créé, car ce n'est que l'article 9 de la loi du 24 Mai 1872 qui a consacré cette façon d'agir. L'origine s'explique par ce fait que le Conseil d'État est un organe consultatif. En l'an VIII, sous la Restauration, sous le IIe Empire, tous ces actes, même quand il s'agissait de procès, n'étaient pas exécutoires par eux-mêmes, c'était des jugements *in fieri*, des projets subordonnés à l'approbation ultérieure du Chef de l'État. C'était donc en fin de compte, une fois approuvés, des actes qui émanaient du Chef même de la hiérarchie.

De 1800 à 1830 on a déjà des exemples de recours; sur requête formulée par l'intéressé au supérieur hiérarchique, c'est l'Empereur, le Roi qui agit après avoir consulté. Mais en 1830, le Conseil d'État commençait à se rendre indépendant ; il cherche des textes pour justifier ses actes; il voudrait ne plus agir comme simple conseiller, mais affirmer son droit de juger et il invoque un texte de 1790. De 1860 à 1870 sa dépendance étroite par rapport à l'Empereur est affirmée plus que jamais et cependant c'est une période d'augmentation du nombre des recours. On le facilite, car c'est aux yeux de Napoléon III la soupape de sûreté qui lui assure le contrôle de son administration. En 1872, le Conseil d'État est indépendant; il est juge et seul juge administratif. Les recours pour excès de pouvoir vont-ils augmenter? Non pas, car en effet, comment le Conseil pourrait-il justifier une prétention à être le chef hiérarchique de l'administration de la République? Aussi ce n'est qu'à partir de 1900 que le recours reprend vraiment de l'importance. Pourquoi? Parce que le Conseil d'État facilite les conditions d'admission du recours. Mais de quel droit? Parce que les conseillers étant toujours des administrateurs ont cherché à tout prix à exercer le contrôle et parce qu'il leur a semblé qu'ils offraient aux administrés un moyen sérieux et bon contre un

État sans cesse grandissant. Dans tous les cas, la loi viendra consacrer ce mouvement de jurisprudence.

Quand y a-t-il lieu d'introduire un tel recours? A quelle occasion? Qui peut agir ainsi? Ne faut-il pas réaliser certaines conditions, accomplir certaines formalités?

Tout d'abord, quel acte peut-on attaquer? Uniquement des actes émanant d'autorités comprises dans la hiérarchie administrative. Il est donc impossible contre une loi, contre un jugement de tribunal civil ou un arrêt de Cour d'appel. Ce sont des questions qui relèvent du législatif et du judiciaire. Il est impossible même contre les actes du gouvernement; le contrôle de ces derniers peut être assuré par un recours de pleine juridiction. Mais ce qui montre l'ampleur du recours pour excès de pouvoir, c'est qu'on peut l'introduire contre un règlement d'administration publique et cela depuis 1907; il s'agit de ces décrets réglementaires pris par le Chef de l'État sur invitation même de la loi pour en assurer les modalités d'application. Si élevé que soit l'auteur de l'acte, pourvu qu'il soit un acte administratif, il est attaquable.

Mais par qui? Par celui qui a un intérêt à agir? Il n'est pas nécessaire d'avoir un droit lésé. Précisons par un exemple. Les aubergistes de X... attaquent l'arrêté du maire qui modifie l'emplacement du champ de foire; ils subissent un préjudice éventuel; un recours est recevable devant le Conseil d'État. Il ne suffirait tout de même pas de se déclarer simplement citoyen français, bien que depuis 1901 il suffise d'être contribuable ou électeur.

Qu'entend-on au juste par excès de pouvoir? Il y a excès de pouvoir quand l'acte administratif qui lèse un intérêt, est entaché de l'un des ces quatre vices :

L'acte émane d'une autorité incompétente. Différents cas se présentent : c'est une autorité inférieure qui a empiété sur les attributions de son supérieur, (un préfet a statué à la place d'un ministre); c'est un supérieur qui empiète sur les attributions de son inférieur (un ministre a statué à la place d'un préfet : en tant que supérieur il pouvait réformer, annuler l'acte du préfet, mais le préfet devait d'abord agir) —; enfin ce sont deux autorités égales qui empiètent l'une sur l'autre (un ministre agit pour un autre ministre ou le préfet de la Seine décide pour le préfet de police).

Second vice : l'administration a omis une formalité prescrite par la loi (enquête préalable qu'on a négligé de faire). On pourra discuter de la gravité du vice de forme et c'est au Conseil d'État de juger et d'annuler si, d'après la loi, la formalité est accessoire ou non.

Troisième motif entraînant l'annulation : un simple intérêt lésé : bien que normalement pour introduire une procédure on doive avoir un droit qu'un tiers a violé.

Enfin, quatrième et dernier motif; il y a abus ou détournement de pouvoir. C'est ce qui caractérise le mieux le recours, qui découvre la nature même du pouvoir que se reconnaît le Conseil d'État vis-à-vis de tous les fonctionnaires. L'abus de pouvoir défie toute définition stricte. Des exemples le feront mieux comprendre. En 1870, un maire voulant favoriser un de ses amis, entrepreneur de transport, porte un arrêté qui interdit le stationnement aux abords de la gare à toute voiture autre que celle de cet entrepreneur. En 1905, un arrêté ministériel exclut un fournisseur de l'État de toute adjudication à cause de ses opinions politiques. De même en 1905, un jeune attaché de cabinet est nommé sous-préfet sans qu'il occupe sa charge, tout en conservant la première. Le Conseil d'État considère donc l'usage fait par un administrateur de l'autorité qui découle de sa fonction : a-t-il envisagé dans tel acte de sa fonction, le but pour lequel le législateur lui a donné autorité? Cet examen joue dans tous les cas où le fonctionnaire a un pouvoir discrétionnaire, avant tout en matière de règlement de police, là où le pouvoir est très libre, où il doit s'exercer dans un but d'intérêt général pour assurer l'ordre, la sécurité, la salubrité, la santé publique.

Le Conseil d'État va jusqu'à scruter les mobiles qui sont la cause déterminante de l'acte, jusqu'à contrôler les intentions pour établir leur conformité ou non avec les devoirs de la fonction. Loti, officier de marine, a été mis injustement à la retraite; il obtient l'annulation et reprend place avec un grade supérieur. Un caporal, camelot du roi, cassé pour opinions politiques, fait annuler sa dégradation. Un préfet fait fermer une fabrique d'allumettes sous prétexte d'insalubrité, ce qui est son droit et son devoir; mais l'acte est

annulé, car le vrai motif, le Conseil d'État ne craint pas de le découvrir, c'est de dispenser l'État de payer l'indemnité prévue par la loi qui organisait en France le monopole des allumettes. Enfin, un maire anticlérical mène la guerre contre son curé : arrêtés sur les sonneries de cloches, sur la place du curé aux enterrements; ses actes sont annulés.

Les effets de la décision du Conseil d'État sont simples : c'est une annulation totale ou partielle de l'acte. Mais ce n'est pas à lui de tirer les conséquences du jugement. C'est à l'administration de faire son devoir conformément à l'arrêt du Conseil.

Notons en dernier lieu que le Conseil d'État n'a pas que ce pouvoir d'annuler les actes de l'autorité. Il a encore toute une série d'autres moyens d'action en justice contre l'État : on peut s'adresser à lui par le système des questions préjudicielles au cours d'un procès pour obtenir une appréciation, une interprétation du sens d'un acte administratif : c'est le contentieux de l'interprétation. On peut s'adresser à lui en appel d'un jugement de conseil de préfecture : c'est le contentieux de la répression. (Délits concernant les Eaux et Forêts). On peut aller au Conseil d'État à l'occasion d'un acte de l'administration pour le faire réformer aussi bien qu'annuler, pour obtenir une réparation en argent du préjudice causé par cet acte, car l'État, comme un simple particulier doit payer les dommages qu'il a causés. C'est le contentieux de pleine juridiction, celui qui est ouvert à l'occasion des contrats comme en dehors des contrats, où l'État est une des parties et où des agents de l'administration ont provoqué des dommages. C'est le contentieux le plus large et ici, le Conseil d'État s'est montré aussi avancé que dans le cas des recours pour excès de pouvoir, notamment en ce qui concerne les actes de gouvernement. Enfin on peut aller au Conseil d'État, et c'est ce que nous avons spécialement étudié, pour faire annuler purement et simplement des actes administratifs : c'est le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation devant la Cour des Comptes.

Il nous semble qu'une première remarque s'impose : le Conseil d'État est un organe régulateur important de la vie

de l'État. En vertu de l'autorité à laquelle il participe, il peut limiter de plus en plus le pouvoir de l'État et cela d'une manière indubitable, au fur et à mesure de l'extension et de la diversification de l'action de l'administration. Ce rôle politique et administratif lui a été imposé par les circonstances; il a évolué sous l'effet des nécessités de la vie de la nation. Par le procédé des recours, et en particulier par le recours pour excès de pouvoir, il est venu limiter toujours plus les pouvoirs toujours accrus des fonctionnaires et il affirme, au profit des individus, des droits que l'État devra reconnaître et sanctionner. Il maintient donc pratiquement un juste équilibre entre l'omnipotence du gouvernement et de ces agents et les garanties qui sont nécessaires pour permettre au citoyen d'être une véritable personne. Nous pouvons donc reprendre notre affirmation initiale, mais cette fois à la lumière des faits; dans la mesure où l'État accroît ses pouvoirs, le pouvoir en lui-même décroît.

*
* *

Nous voudrions ajouter quelques observations que suggère cette conclusion pratique, au point de vue plus général de la science politique. Nous nous sommes mis en face d'un phénomène social concret et cette observation nous a livré une relation entre le pouvoir et les fonctions qu'exerce ce pouvoir. Elle nous est apparue à première vue contradictoire; mais nous avons dû nous rendre à l'évidence. Ne pourrions-nous donc pas la rattacher à quelque principe directeur de l'organisation du pouvoir dans tout État et chercher par là même à en rendre compte?

Sans doute la difficulté en un tel domaine surgit du fait que la théorie doit s'avouer singulièrement impuissante. Elle décrit les formes passées; mais au point de vue construction de l'avenir, étant donné le caractère contingent et vivant d'une matière sociale si complexe, elle ne peut que trop souvent souligner le désaccord des théories politiques et juridiques avec le donné concret, avec les formes réellement élaborées. Il fallait le culte exagéré de la raison humaine des philosophes anglais des XVIIe et XVIIIe siècles, des philo-

sophes français des XVIIIe et XIXe siècles pour concevoir avec la confiance la plus imperturbable, un type unique de gouvernement, un système de relations sociales et politiques, universel et éternel, des principes constitutionnels immortels.

En de telles matières, il faut se résigner à bâtir une science qui part des faits et les étudie dans leur complexité. L'étude des formes du pouvoir est peut-être plus exactement un art « où les principes ont moins de rôle que l'expérience et l'opportunité ». Toutefois, pourrait-on sur ce point spécial qui nous intéresse admettre un double principe nécessaire et certain. Il est vérifié par l'étude des multiples exemples que fournit la vie des États.

Toute société devant être une par définition, l'organe qui unifie les efforts de ses membres en vue du bien commun doit seul exercer l'autorité : il doit avoir le pouvoir. En effet, les citoyens livrés à eux-mêmes pourront poursuivre leur propre fin en tant qu'elle leur est personnelle; mais ils ne pourront jamais réaliser la fin sociale pas plus que leur propre fin, en tant qu'ils sont naturellement des êtres sociaux, sans cette autorité qui unit et maintient en un faisceau puissant toutes ces activités complexes, convergentes autant que divergentes. De là la nécessité d'un pouvoir fort et unique.

Mais une telle affirmation ne peut être que nuancée par une affirmation inverse tout aussi importante. Tout pouvoir humain doit être limité. En effet cette force remise nécessairement entre les mains d'un ou de plusieurs individus, ne peut donner lieu qu'à des abus, s'ils sont laissés à eux-mêmes. Toute œuvre humaine doit avouer son imperfection. Il faut donc prévoir le redressement, l'ajustement des moyens à la fin désirée.

De plus, cette autorité travaille sur une matière humaine qui se soumet à l'autorité dans la mesure où elle lui est nécessaire pour atteindre ici-bas sa fin. Mais ces hommes restent toujours supérieurs en valeur aux moyens juridiques et politiques qu'ils se sont donnés pour unifier leurs efforts. L'État doit donc avoir des pouvoirs, des droits qui s'exercent par l'intermédiaire de ses multiples fonctions. Par là il exerce effectivement son pouvoir. Mais il a tout autant des obligations, des charges; il est un instrument aux mains des hommes et

il doit répondre à leurs besoins; c'est là la raison d'être ultime des fonctions de l'État.

On voit alors que le but de la science politique est de combiner ces deux principes, d'assurer le respect des hommes en même temps que la réalité de leur union dans le corps social. Équilibre toujours instable, combinaison de deux contradictoires qui ne peut donner lieu dans la réalité vivante qu'à une évolution accusant tantôt l'un des principes, tantôt l'autre : ce sont actions et réactions continuelles et successives. Et c'est une des étapes de cette évolution que nous avons analysée ici et qui s'est traduite sous la formule même que nous proposions : plus l'État accroît ses *pouvoirs* et les diversifie, moins le *pouvoir* est fort en lui-même, car il se crée des limitations nécessaires. Mais l'application concrète de ces deux principes dans une constitution ne détermine jamais qu'un point d'équilibre autour duquel oscillent les deux tendances. En réalité dans des États bien organisés l'équilibre tend à s'établir; mais sous l'action des circonstances politiques et économiques, des besoins des citoyens, sous la pression des grandes idées sociales, des institutions vivent et se développent. Ce que nous venons d'étudier au point de vue un peu spécial, mais particulièrement évocateur de la vie du Conseil d'État, n'est donc qu'une des phases de la vie de l'État français. Il nous a montré comment, dans la vie pratique, l'équilibre s'était établi et se refait sans cesse entre le pouvoir et les pouvoirs limités de cet État dans ses rapports avec les individus.

A. Delchard S. J.

Enghien (Belgique).

DROIT NATUREL ET DROIT DES GENS

Essai de Philosophie juridique.

Les confusions et les diversités de vocabulaire rendent opportune, au début de ce travail, une remarque préliminaire.

Sous le nom de *droit naturel*, beaucoup de maîtres actuels de la philosophie du droit sont accoutumés à désigner et à entendre désigner une conception héritée de l'idéologie du dix-huitième siècle et apparentée à l'hypothèse de *l'état de nature*. Conception qui fut longtemps en vogue et qui, de nos jours, est à peu près universellement abandonnée et discréditée.

Nous attribuons ici au terme de *droit naturel* la signification que lui ont toujours attribuée, depuis le Moyen Age jusqu'à l'époque contemporaine, les docteurs de la philosophie scolastique. Nonobstant des controverses accessoires, la substance du concept demeure nettement comprise et proposée, parmi eux, dans un autre sens, défini avec précision, qui ne saurait être aucunement confondu avec celui de l'idéologie du dix-huitième siècle.

Comme on va le voir, le *droit naturel* de la philosophie scolastique est identique, quant à l'essentiel, au concept que des philosophes et des juristes d'une autre ambiance intellectuelle nomment aujourd'hui *le droit à contenu objectif*, ou, plus simplement, le *droit objectif*.

Dans les quelques pages qui vont suivre, et où nous voudrions donner *une vue d'ensemble du système*, tel que nous le comprenons et le professons nous-même, on ne doit pas s'attendre à trouver les développements critiques que comporterait chaque problème indiqué, ni même la mention des diverses nuances de présentation ou de classification adoptées, sur les mêmes matières, par divers maîtres éminents dont nous admirons le savoir.

Nous apportons ici un simple témoignage, en exposant comment nous concevons les choses, sans prétendre ni tout connaître ni tout résoudre.

I

Droit naturel et morale sociale sont apparentés de la manière la plus étroite.

Ce sont pourtant deux choses distinctes.

Le droit naturel comprend une partie seulement de la morale sociale, et il l'envisage sous un aspect spécial et distinctif.

La morale sociale est la règle de conduite qui oblige *les consciences humaines* dans les rapports de société, indépendamment de ce que peuvent en connaître et en décider les autorités humaines.

Le droit naturel a pour domaine les obligations ou les recommandations *extérieures* de la morale sociale, en tant qu'elles intéressent *le bien commun des sociétés humaines* et qu'elles sont susceptibles d'être *utilement prescrites et sanctionnées par les pouvoirs humains*.

Le droit naturel appartient, certes, à l'ordre *moral*, mais il appartient aussi, et essentiellement, à l'ordre *juridique*.

Les règles du droit naturel se discernent par l'observation réfléchie et raisonnée de la nature de l'homme et de la nature des choses, de leurs exigences raisonnables, de leurs justes postulats; observation opérée par la raison humaine et contrôlée par l'expérience sociale.

Les postulats et les exigences raisonnables de la nature sociale de l'homme permettent de reconnaître avec une légitime certitude, pour le bien commun des sociétés humaines, un ordre objectif et essentiel qui domine toutes les lois positives et qui constitue la règle supérieure par laquelle toutes doivent être jugées.

Cet ordre objectif et essentiel traduit lui-même l'ordination et l'intention souveraines de Celui qui, Créateur du genre humain, le régit souverainement selon sa suprême Sagesse et sa Volonté toute-puissante. Le droit naturel est un droit *divin* naturel, et, de ce caractère *divin*, tire son principe d'obligation morale. L'autorité divine prescrira et sanctionnera

toute obligation résultant avec certitude d'une exigence raisonnable de la nature sociale. Elle fondera pareillement le droit des autorités humaines dûment qualifiées à prescrire ou à sanctionner toute ordonnance positive que, légitimement, elles tiendront pour requise au bien commun de la société. *Omnis potestas a Deo*, n'est pas seulement une doctrine théologique et révélée. C'est, en outre, une vérité d'ordre naturel, rationnel et philosophique.

II

Le droit naturel régit, en général, les sociétés humaines selon le bien commun répondant moralement, pour chacune, à sa finalité distinctive.

Il régit, en particulier, les deux sociétés que la nature exige comme universellement nécessaires au bien commun : la société domestique et la communauté civique.

Société domestique, qui est la famille, œuvre immédiate du Créateur et cellule naturelle de toute l'organisation sociale. Elle se fonde sur le rôle inaliénable du père et de la mère dans la constitution du foyer et dans la génération des enfants, avec toutes les tâches matérielles et toutes les responsabilités morales des parents dans l'éducation des enfants et dans la préparation de leur avenir.

Les lois fondamentales de la famille sont universellement fixées par les strictes exigences de la nature raisonnable. D'autres modalités du code de la famille, notamment les règles de son patrimoine, sont d'un caractère plus relatif, diversement adaptées par les coutumes et les institutions sociales, mais toujours dans les justes limites de ce qui est moralement compatible avec la raison et le bien commun, selon les besoins du temps et du milieu.

Les autres institutions de la collectivité humaine se grouperont autour de la société domestique, en concordance avec elle, et, tout d'abord, pour lui procurer les sauvegardes sociales qui lui sont normalement nécessaires. Nous rencontrons ainsi la communauté civique.

Communauté civique. La même exigence raisonnable de la nature sociale de l'homme qui fonde le droit essentiel de

la famille requiert, par voie de conséquence naturelle, l'existence d'une autre communauté, beaucoup plus vaste et plus puissante, qui garantisse à la famille tout un ensemble de protections efficaces et de conditions morales de développement humain qu'elle ne peut manifestement trouver dans ses seules forces. En tout état de civilisation, pareille nécessité matérielle et morale, qu'il est inutile de détailler, serait évidente. Mais la nécessité devient beaucoup plus impérieuse encore quand un état plus raffiné de civilisation rend de plus en plus multiples, de plus en plus complexes, les besoins sociaux et les exigences du bien commun.

L'argument est concluant, à la fois, pour l'existence et le droit de la communauté civique elle-même et aussi pour l'existence et le droit du pouvoir politique qui devra la régir et qui devra être muni de toutes les prérogatives indispensables à la réalisation efficace du bien commun de la cité. Droit divin naturel, ordination divine, qui se traduit, une fois de plus, par les exigences raisonnables de la nature de l'homme et de la nature des choses.

Autant et plus encore que pour la société domestique, il faut établir, pour la communauté civique et le pouvoir politique, le code fondamental et essentiel, partout exigé strictement par la nature raisonnable, et la multiplicité des déterminations relatives et accidentelles, qui dépendent de la diversité des temps et des lieux, comme du degré d'évolution des sociétés. Ce que l'on doit demander à ces modalités indéfiniment variées n'est point d'être *requises* par le droit naturel, mais simplement d'être *conformes* au droit naturel : en d'autres termes, de ne rien contenir que de juste et de raisonnable, rien que de conciliable avec le bien commun de la cité.

Mais, de droit naturel, la communauté civique, considérée dans son organe hiérarchiquement le plus élevé, possède nécessairement une prérogative qui répond à sa raison d'être essentielle. C'est de posséder en elle-même la plénitude des droits et des pouvoirs nécessaires à sa propre fonction. C'est le droit et le pouvoir de décider en dernier ressort sur les matières de sa compétence distinctive et sans dépendre, à cet égard, d'un organe qui lui soit supérieur. En un mot, c'est la prérogative de *souveraineté* temporelle, sinon absolue, du moins relative,

comme il sera dit plus loin. Prérogative de constituer une « société parfaite » dans le domaine spécial qui lui appartient, *societas in genere suo perfecta*.

Nous connaissons ainsi les deux sociétés qui, de par le droit naturel, sont *nécessaires*, fondées sur la stricte exigence sociale et raisonnable de la nature humaine : la société domestique et la communauté civique, la famille et la cité.

Quant aux autres sociétés humaines, comprises dans la cité, nous avons déjà noté qu'elles sont, non pas requises par le droit naturel, mais conformes au droit naturel, permises et recommandées par lui, dès lors que leur fin et leurs moyens sont honnêtes et utiles, en harmonie avec le bien commun. En ce sens, la liberté d'association est fondée sur le droit naturel, non pas concédée mais reconnue et organisée légalement par le pouvoir politique. Le droit de propriété corporative est le complément raisonnable et naturel du droit d'existence corporative. Lui aussi doit être organisé légalement, selon le bien commun, mais non pas confisqué ou rendu illusoire par le pouvoir politique.

Entre les formes d'associations permises et recommandées par le droit naturel, au nom du bien commun, il est juste de mentionner à part l'association professionnelle, légitimement fondée sur la communauté de travail et d'intérêt solidaire, à des degrés divers, dans la pratique collective et permanente du même métier ou de la même profession. Sans être d'universelle et rigoureuse nécessité, ce type d'association est particulièrement utile et naturel. Non seulement la loi positive doit en faciliter l'exercice, mais il peut survenir des circonstances de la vie sociale où l'organisation corporative de la profession et du métier reçoive une consécration de droit public et une part officielle d'influence dans la gestion de la chose publique. C'est là, du moins, une interprétation possible des postulats du bien commun en certains milieux et à certaines époques.

III

Revenons maintenant à la considération directe du droit naturel, dont nous avons déjà précisé le concept et reconnu les applications capitales dans la famille et la cité.

Une distinction facile à concevoir et à énoncer est la distinction fondamentale entre le *droit naturel* et le *droit positif*. Le premier est dicté par les exigences mêmes de la nature raisonnable et antérieurement à toute ordonnance de la volonté humaine. Le second est déterminé par la volonté souveraine des législateurs humains de la communauté civique, pourvu que ceux-ci n'imposent rien d'incompatible avec les exigences claires et certaines du droit naturel et du bien commun.

Toutefois, cette distinction ne rend pas compte adéquatement de tout ce qu'il importerait ici d'expliquer. Bien des choses prescrites par le droit positif sont d'une telle portée sociale que, chacun le discerne aisément, il ne dépendrait pas raisonnablement du législateur humain de les supprimer ou de les modifier à son gré. Par ailleurs, il est difficile parfois de soutenir que ces mêmes choses soient rigoureusement et universellement exigées par la nature de l'homme et la nature des choses. L'histoire des idées et des institutions humaines peut témoigner d'oscillations théoriques ou pratiques à leur égard. Bref, il existe une certaine zone intermédiaire entre loi strictement naturelle et loi purement positive : une zone des préceptes plus intimement fondés en raison et en valeur objective qu'une loi purement positive, et cependant moins clairement exigés par l'ordre essentiel et objectif que le strict droit naturel.

La qualification de cette zone intermédiaire aura donné lieu, même parmi les docteurs scolastiques, à bien des malentendus dans les concepts et dans le vocabulaire. D'après le concept et le vocabulaire des uns, la zone dont nous parlons est celle du *jus gentium*, intermédiaire lui-même entre le droit naturel et le droit positif. D'après le concept et le vocabulaire des autres, tout ce qui n'est pas le droit purement positif appartient au droit naturel; mais le droit naturel comprend, à son tour, deux degrés distincts : les préceptes *premiers* et les préceptes *seconds ;* en d'autres termes, le domaine de l'*exigence* rigoureuse et universelle, puis le domaine de la haute *convenance*, normalement exigible quand une cause très sérieuse n'excuse pas une dérogation ou une mitigation. A dessein, nous n'entrons pas dans d'autres distinctions encore plus subtiles.

Il semble bien que c'est le même ensemble de règles et d'institutions qui est classé par les uns dans les préceptes *seconds*

du droit naturel, et classé par les autres dans le *jus gentium*. Ce dernier constituerait, en effet, une sorte de droit coutumier d'essence supérieure, plus apparenté que l'autre au droit naturel, et qui imposerait un certain nombre de règles et d'institutions, voisines du droit naturel, à tous les peuples humains, parvenus à un certain degré d'éducation morale et de civilisation sociale. Le *jus gentium* ainsi compris garantirait la valeur et l'obligation de diverses règles et institutions reconnues par l'ensemble de l'univers civilisé et supérieures aux volontés du législateur de chaque communauté politique.

Aujourd'hui, pareil emploi du terme de *jus gentium* semble tombé en désuétude. Le nom de *droit des gens* est devenu désormais usuel au sens, tout différent, de *jus inter gentes*. On créerait une confusion dans la plupart des esprits, plutôt qu'on ne clarifierait les choses, en voulant désigner par le vocable de *jus gentium* une zone intermédiaire entre strict droit naturel et droit purement positif.

Il paraît plus facile de se faire comprendre en désignant sous le nom de *droit naturel* (ou de *droit objectif*) tout ce qui est postulé par la nature raisonnable et sociale de l'homme, tout ce qui est supérieur aux libres volontés du législateur humain, aux changements possibles et légitimes du droit positif.

Dans ce droit naturel ou objectif, il y aurait la zone de la stricte exigence, celle des préceptes *premiers*, et la zone de la haute convenance, normalement exigible dans l'humanité civilisée la zone des préceptes *seconds*, qui, pratiquement, s'identifierait elle-même avec le domaine anciennement dévolu au *jus gentium*. Telle est, croyons-nous, la manière plus couramment admise pour concevoir et désigner les choses parmi ceux qui professent aujourd'hui l'existence d'un droit naturel ou objectif. Peut-être serait-il désirable que l'usage devînt tout à fait précis et certain.

L'avantage de ce mode de classification nous paraît être, non seulement d'écarter un emploi, maintenant caduc, du terme de *jus gentium*, mais de proposer le droit naturel lui-même sous un aspect plus souple et plus compréhensif, avec des éléments de valeur immuable et des éléments de caractère plus relatif, plus susceptible d'adaptation aux diversités historiques de la vie sociale.

Les préceptes *premiers* du droit naturel se bornent à quelques

conceptions fondamentales, notamment sur la société domestique et la communauté civique, qui sont partout et toujours imposées par la droite raison humaine et dont la méconnaissance dans les coutumes et les institutions n'est concevable que par une oblitération collective de l'intelligence et de la conscience.

Les préceptes *seconds* du droit naturel s'étendent à un beaucoup plus grand nombre de matières, dont la détermination est plus complexe, inévitablement conditionnée par des circonstances de temps, de milieu, de psychologie sociale, de formes et de degrés de civilisation, qui ne comportent pas une rigoureuse uniformité, mais qui laissent place, au contraire, à certaines relativités ou évolutions explicables.

Nous ne voulons pas dire par là que ce soient des matières qui échappent au droit naturel. Notre pensée est précisément, nous l'avons dit déjà, qu'il existe, en ce domaine, de hautes convenances de la raison et du bien commun qui sont normalement exigibles, à ce titre, dans toute l'humanité civilisée. Mais ici le terrain est plus mouvant, plus fluide, les requêtes du droit naturel ne sont pas toujours aussi impératives, ni aussi clairement reconnaissables, ni aussi uniformément applicables.

Prenons pour exemple la question du patrimoine et de l'héritage. A travers le temps et l'espace, le régime de la propriété est indéfiniment varié selon les pays, comme selon les formes et les degrés de civilisation. Le droit positif se diversifie avec une extrême latitude, sans qu'on puisse démontrer que des régimes très différents soient, les uns ou les autres, déraisonnables et injustes. Néanmoins, il serait inadmissible d'affirmer que le problème de la propriété privée, du patrimoine et de l'héritage soit sans relations avec le droit naturel. Tous les régimes ne se valent certainement pas devant la raison et le bien commun. Chose plus notable encore : le droit naturel apporte, en cette matière, des principes, des postulats et des indications dont le mode de réalisation est multiple, mais dont la valeur est fondée sur les requêtes objectives de la nature sociale de l'homme. Voilà le domaine des préceptes *seconds* du droit naturel, le domaine des règles de haute convenance morale et sociale qui sont normalement exigibles, sous une forme ou sous l'autre, dans l'humanité civilisée.

Le droit naturel, considéré dans son ensemble, ne sera donc

pas un code rigoureux et immuable, intégralement obligatoire toujours et partout. Mais, avec certaines exigences universelles et fondamentales, il comprend aussi des convenances, des conseils, des postulats qui, s'adaptant aux réalités complexes et changeantes, peuvent et doivent servir de règle directrice au droit positif. Par où l'on voit que la philosophie du droit est heureusement complétée par la sociologie, par l'étude historique, critique et comparée des sociétés et des institutions humaines, les deux disciplines se procurant l'une à l'autre des éclaircissements précieux, qui permettent de tenir compte à la fois de l'idéal et du réel, de la règle dont il faut s'inspirer dans toute la mesure du possible et de la contingence pratique à laquelle il faut inévitablement mesurer l'interprétation du bien commun de la famille et de la cité.

Encore une fois, le droit naturel, demeurant le droit naturel, unit à un élément immuable et transcendant, quelque chose de relatif et de plastique, à l'image de la vie, à l'image de la société humaine.

IV

Ayant ainsi présenté la conception du *droit naturel,* il reste à exposer comment nous y insérons le *droit des gens.*

Inutile de rappeler pourquoi nous ne désignons pas sous ce nom le *jus gentium* des anciens docteurs. Moins encore s'agira-t-il du *jus gentium* des Romains.

Le terme de *droit des gens* est universellement consacré aujourd'hui pour signifier le *jus inter gentes.* C'est l'ensemble des règles juridiques qui président aux rapports des nations avec les nations, principalement des États avec les États.

On pourra demander quelle distinction nous établirons entre *droit des gens* et *droit international* (public ou privé). A vrai dire, les deux mots se prennent couramment l'un pour l'autre. Si, toutefois, on veut serrer de plus près l'acception de chacun des deux termes, on désignera plutôt sous le nom de *droit international* les règles positives constituées par les coutumes et conventions, tandis que, sous le nom de *droit des gens*, on désignera de préférence les principes généraux qui sont ou doivent être à la base des coutumes

et conventions en vigueur, ainsi que des progrès désirables. *Droit des gens* est donc plus proche de la philosophie juridique et de la morale sociale; plus proche, par le fait même, du *droit naturel.* Néanmoins, nous considérerons ici le droit des gens dans toute son ampleur de *jus inter gentes*, et nous signalerons son rapport avec le droit positif (ou conventionnel) et avec le droit naturel (ou objectif), ainsi que, dans le droit naturel (ou objectif) lui-même, avec les préceptes *premiers* et les préceptes *seconds*, avec le domaine de *l'exigence* rigoureuse de la raison et du bien commun et celui de la *convenance* plus relative de la raison et du bien commun. Toutes catégories qui nous sont déjà connues avec leurs caractères respectifs.

Le droit positif : coutumes, conventions, procédures et institutions internationales, ne réclame, comme tel, aucune explication particulière de notre part. Son origine immédiate est dans la volonté concordante des États qui les adoptent et les promulguent. Sa valeur objective proviendra de l'accord de chaque dispositif avec les exigences ou les indications raisonnables de la nature sociale de l'homme, soit pour accomplir de telles exigences ou de telles indications, soit, du moins, pour n'être pas incompatibles avec elles. Le problème délicat se posera donc, de nouveau, sur le terrain même du droit naturel, appliqué aux rapports entre les nations.

L'observation des requêtes objectives de la nature raisonnable conduit ici à retenir et à interpréter deux vérités essentielles : l'unité humaine et la diversité humaine.

L'unité humaine consiste en ce fait que, malgré leurs énormes différences d'éducation et de civilisation, malgré toutes les diversités et inégalités inévitables, raisonnables et légitimes, tous les hommes de toutes les nations possèdent la même nature humaine, corporelle et spirituelle, physique et morale, avec même origine et même destinée, mêmes nécessités fondamentales de vie sociale, mêmes droits et mêmes devoirs essentiels. Il en résulte qu'entre toutes les personnes humaines, mais aussi entre toutes les collectivités humaines dûment organisées, et, à plus forte raison, entre toutes les communautés civiques, garantissant le bien commun de leurs membres, tout un système moral et juridique de droits et de

devoirs humains doit présider à leurs rapports mutuels. Droits et devoirs qui se rattacheront essentiellement à l'une ou à l'autre des deux obligations essentielles des relations morales et juridiques de la vie et de la sociabilité humaines : justice et charité.

Justice pour reconnaître à chaque nation ce qui lui appartient et ce qui lui est dù. Formule contenant le principe de tout un code de droit des gens dans la communauté des peuples et des États.

Charité pour observer, entre nations, selon les circonstances et les possibilités, les devoirs de mutuelle assistance que requiert la solidarité du genre humain. Formule qui suggère, elle aussi, tout un programme de collaboration pacifique dans la vie internationale.

Mais, avec l'unité humaine, il faut retenir le fait social de la diversité humaine.

Cette communauté civique, *societas in genere suo perfecta*, que nous avons reconnue comme la seconde société nécessaire, exigée par la nature raisonnable, quelle en sera l'étendue? — La réponse sera indéfiniment variée selon les époques, les milieux, les péripéties de la vie sociale comme de l'histoire politique. Souvent et longtemps, la communauté civique pourra demeurer enclose en des limites étroitement circonscrites. Elle pourra, en demeurant indépendante, ressembler aux anciennes *cités* de la Grèce, ou aux plus petits des *cantons* de la Suisse, dans la condition souveraine qu'ils connurent autrefois. Mais, le plus souvent, à mesure que se multiplient et se compliquent les besoins de la vie sociale et politique, l'ampleur des services publics requis par le bien commun exige ou appelle fréquemment la création de communautés civiques beaucoup plus puissantes, comme celles qui régissent la plupart des populations de l'univers contemporain. Les inégalités d'importance demeurent, d'ailleurs, considérables entre les divers États. Quelquefois, la puissance des moyens d'action que procure la civilisation contemporaine permet le développement d'organisations géantes qui étendent leur domination politique sur d'immenses territoires et sur d'énormes populations à travers plusieurs continents. Rien de plus varié que la carte politique de notre univers d'aujourd'hui. Rien

de plus varié, pareillement, que les transformations dont témoigne l'histoire des peuples, des États et des Empires.

Chaque communauté civique, dès lors qu'elle est politiquement indépendante, constitue, pour son propre compte, au sens qui a été marqué plus haut, *societas in genere suo perfecta*. Le problème essentiel du droit des gens est l'aménagement des rapports juridiques entre les différentes communautés civiques dont il vient d'être parlé.

Mais une question paradoxale peut se poser ici. Ne serait-il pas concevable, avec les moyens inédits de communications, d'informations et d'unification que possède déjà notre monde contemporain et qui s'amplifieront manifestement dans l'avenir, qu'un jour vienne où toutes les populations de l'univers se trouveraient réunies dans une seule et même communauté civique et politique, bien plus géante encore que l'actuel Empire britannique? Si, dans un système ingénieusement fédératif, pareille unification universelle finissait jamais par se réaliser, que deviendrait la conception du droit des gens, *jus inter gentes?*

Répondons en premier lieu que, si une telle conception était jamais réalisable et réalisée, le droit des gens perdrait toute existence comme discipline distincte. Il suppose, en effet, diverses communautés civiques, entre lesquelles son rôle est de faire régner des rapports d'ordre juridique. Si l'humanité entière devient une seule communauté civique, identique à la *civitas maxima*, le droit qui la régira ne pourra être qu'un droit interne, comme celui qui régit actuellement chacun des États en ses propres frontières. Il n'y aura plus de *jus inter gentes*, faute de pluralité des organismes souverains.

Mais répondons ensuite que l'hypothèse d'une telle unification politique *nous paraît, de fait, imprévisible*. Non point en vertu d'une impossibilité doctrinale et absolue, mais en vertu d'une impossibilité pratique, fondée sur l'expérience humaine. Les différences ethnographiques, géographiques, historiques, psychologiques, politiques, morales et sociales parmi les groupes humains appellent naturellement la diversité des organismes civiques entre lesquels ils se répartissent politiquement. Quand bien même un seul organisme civique

rassemble, d'ailleurs à des titres distincts, divers groupes de populations multiples, ces divers groupes sont eux-mêmes en rapport de différenciation politique, voire de rivalité ou d'opposition, avec d'autres groupes humains situés par delà leurs frontières territoriales. Malgré les phénomènes de rapprochement relatif et d'unification partielle que peut déterminer la civilisation contemporaine, le phénomène de « diversification », en raison de forces centrifuges est encore plus manifeste et plus irréductible. L'histoire contemporaine ne nous donne pas précisément l'impression que tous les peuples de tous les États tendent à supprimer un jour leurs frontières politiques ou économiques. Les résistances et les incompréhensions, toujours renaissantes, auxquelles se heurtent des projets infiniment plus modestes de coopération amiable entre États ne permettent vraiment pas de prédire avec sérieux et avec la moindre vraisemblance que les différents États de l'univers doivent jamais s'absorber dans une seule et même communauté civique, fût-ce dans une sorte d'Empire britannique, lequel, du reste, n'est plus même, aujourd'hui, un État fédéral et ne possède aucune législation commune.

Bref, l'unification politique du monde entier est cruellement étrangère à *la réalité présente,* où bouillonnent tant de passions haineuses, et elle demeure purement et simplement indiscernable et contre-indiquée dans tout *l'avenir humainement prévisible.* Le phénomène social avec lequel la philosophie du droit public doit compter est celui de la diversité humaine, grâce à la coexistence tenace et durable d'un plus ou moins grand nombre de communautés civiques, politiquement distinctes et indépendantes les unes des autres, parmi les États ou les Empires qui naissent, qui se transforment et qui s'écrouent.

Unité de nature humaine, diversité des communautés humaines, voilà les deux termes essentiels dont la conjonction harmonieuse va constituer le *droit des gens.*

V

Il s'agit donc de faire reconnaître et sanctionner, pour le bien commun, entre nations indépendantes, un certain nombre

de règles de droit, conformes aux exigences ou aux indications de la nature raisonnable. Plus encore que dans tout autre domaine du droit, la part du relatif est ici considérable.

La relativité est d'abord géographique. Durant de longues périodes, les groupes humains n'ont connu qu'une superficie très restreinte de la planète terrestre et un tout petit nombre d'autres peuples, qui formaient, à leurs yeux, l'univers entier. Peu à peu, les découvertes géographiques ont étendu la surface du monde connu et des peuples avec lesquels des relations devenaient possibles. Plus tard encore, on connut toute la terre, et, à une date relativement récente, les relations humaines se généralisèrent avec tous les peuples du monde. La communauté du droit des gens aura donc subi, avec les siècles, une progression quantitative.

Mais la relativité est plus notable encore dans le domaine qualitatif. Sans parler des périodes et des milieux où rien ne ressembla, entre peuples, à des rapports de droit et où la notion d'*étranger* se confondit, jusque dans le langage, avec la notion d'*ennemi*, les relations amiables de peuple à peuple se limitèrent longtemps à des démarches mutuelles et à des règles coutumières de caractère tout à fait rudimentaire, où le droit des gens n'apparaît qu'à l'état d'enfance. Avec les siècles, les rapports devinrent plus complexes, plus nuancés. L'architecture du droit des gens se fit plus savante. A l'époque contemporaine, les problèmes internationaux, issus de la compénétration des peuples, ont conduit les États de tout l'univers à reconnaître au droit des gens un rôle pacificateur et régulateur de beaucoup plus grande envergure que dans le passé.

Les modalités elles-mêmes de la procédure ont subi une courbe ascendante. Aux coutumes internationales, qui furent jugées suffisantes durant des siècles, se superposèrent, en dehors même des traités de paix après une guerre, des conventions écrites, destinées à pourvoir par voie contractuelle à la bonne gestion d'intérêts collectifs. Un nouveau perfectionnement a été réalisé lorsque, pour un but du même ordre, se sont constitués, au cours des trois derniers quarts de siècle, des bureaux et offices internationaux de caractère permanent, établis à frais communs par les États contractants. Tel le Bureau international de Berne pour la protection de la propriété industrielle,

commerciale, artistique et littéraire, avec beaucoup d'autres organismes analogues.

La création, au lendemain de la Grande Guerre, de la Société des Nations et de son Secrétariat général, sans oublier l'Organisation internationale du Travail, n'aura fait que continuer et couronner le même effort en constituant un grand Bureau central de la collaboration universelle et en devenant l'organe régulateur d'une vie internationale de plus en plus complexe.

Dans un autre domaine, la Cour permanente d'Arbitrage international, depuis 1900, et la Cour permanente de Justice internationale, depuis 1920, toutes deux à La Haye, conjointement avec les organismes genevois de la Société des Nations, perfectionnent l'architecture actuelle du droit des gens, car elles offrent des institutions et des procédures permanentes de solution pacifique des litiges internationaux. Elles font entrer dans les idées et dans les mœurs, comme chose normale et honorable, entre peuples civilisés, quand un différend international les oppose, le recours à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire.

A son tour, la doctrine du droit des gens subit, dans les hautes écoles d'enseignement juridique, une évolution symétrique à celle des institutions internationales. Jusqu'à la Grande Guerre, le droit international moderne considérait comme un dogme hors de conteste la souveraineté absolue des États et ne voyait dans les obligations et institutions de la vie internationale que le résultat de concessions contractuelles librement consenties par les Puissances contractantes dans le plein exercice de leur souveraineté. Depuis le dénouement de la Grande Guerre, depuis la création de la Société des Nations et des organismes connexes, la communauté internationale est devenue l'objet direct de l'enseignement du droit des gens, dont le centre de gravité se trouvait, par le fait même, transposé.

Les tendances demeurent néanmoins divergentes parmi les maîtres de la doctrine juridique. Les uns retiennent aussi jalousement que possible ce qui peut être gardé de l'ancienne conception de la souveraineté plénière des États et du caractère tout facultatif et contractuel des créations et institutions nouvelles. Les autres, à l'extrême opposé, considèrent l'organisation internationale comme constituant un Super-État, chargé

de régir de plein droit tous les autres, ou plutôt comme se substituant désormais à la conception même des compétences et des organisations d'États. Mais d'autres maîtres encore, probablement les plus nombreux, répudient les solutions exclusives et professent une solution médiane qui comporte la synthèse du rôle légitime et nécessaire de l'organisation internationale avec le rôle légitime et nécessaire de l'État, sans sacrifier l'un à l'autre.

L'organisation internationale leur apparaît comme répondant, en la condition présente de l'univers, à une requête objective du bien commun, et non pas comme provenant uniquement d'une libre détermination de la volonté souveraine des États. Mais, d'autre part, l'État leur apparaît comme un organisme toujours nécessaire, dont il serait déraisonnable de contester les justes prérogatives dans la vie nationale et internationale. Ils estiment donc que l'action de l'État peut et doit s'accorder avec la nouvelle organisation internationale : ce qui n'a rien que de normal si l'on conçoit la souveraineté de l'État comme *relative* et non pas comme *absolue*.

Non pas souveraineté *absolue*, parce que la règle suprême du bien commun fait entrer en ligne de compte des considérations impérieuses d'intérêt public avec lesquelles doit composer la prérogative traditionnelle de l'État. Mais souveraineté *relative*, parce que l'adaptation aux justes solidarités de l'organisation internationale ne retire nullement à l'État la compétence en dernier ressort dans la gestion des affaires intérieures de la communauté civique à laquelle l'État préside.

Solution complexe et nuancée comme la vie, comme la société, comme l'expérience. Pas de souveraineté *absolue*, qui exclurait le devoir de s'adapter à l'organisation internationale et aux coopérations qu'elle réclame. Souveraineté *relative*, qui sauvegarde le rôle suprême de l'État, là où doit s'exercer sa juste et nécessaire compétence.

Pareille synthèse de l'action nationale de l'État et de l'action universaliste des organismes internationaux constitue sans contredit un aspect nouveau du *droit des gens* de notre époque.

VI

Il faut maintenant préciser quel rapport existe entre cette évolution actuelle du *droit des gens* et le *droit naturel* (ou objectif).

Plusieurs stratifications doivent être discernées, depuis les éléments qui répondent aux strictes et universelles *exigences* du droit naturel, jusqu'aux éléments qui répondent aux *convenances* du droit naturel, mesurées par le changement objectif de certaines situations historiques et de certaines requêtes inédites du bien commun, et, en dernier lieu, jusqu'aux *modalités* contingentes et extérieures, fondées sur des circonstances fortuites et notamment sur l'action toute personnelle des négociateurs et des rédacteurs de pactes internationaux. Là comme ailleurs, il convient de distinguer entre l'essentiel et l'accessoire, entre le corps et l'âme des institutions entre le concept et la formule.

L'exigence stricte et universelle du droit naturel en ce domaine est que les rapports des nations dans la vie internationale soient régis par un code de droits et de devoirs consacrant et sanctionnant, dans la mesure du possible, les obligations mutuelles de justice et de charité. Si confuse que puisse être la conscience morale, si défectueuse que puisse être la conception de l'ordre juridique et de ses sanctions désirables, surtout quand il s'agit des relations entre les peuples, il existe une requête certaine, discernable et objective du bien commun, de l'ordre public, constituant une loi fondamentale de la société humaine.

Loi fondamentale qui est à la base de tous les efforts, même les plus tâtonnants, accomplis, à quelque époque que ce soit, pour faire respecter la conception de l'ordre et du droit dans les rapports internationaux. C'est le rudiment essentiel et universel du droit des gens, dicté par l'exigence de la nature raisonnable et sociale de l'homme, en tous temps et en tous lieux.

La convenance plus relative du droit naturel est fondée sur l'adaptation de certaines règles et institutions internationales aux requêtes de la raison et du bien commun, correspondant elles-mêmes à telle ou telle rencontre des besoins et des circonstances dans l'histoire des rapports des peuples avec les peuples.

Ces régles et institutions apparaissent alors comme l'interprétation objective et légitime du code fondamental de droits et de devoirs dont le principe est toujours obligatoire, mais dont l'application pratique se précise ou se modifie nécessairement avec le temps et le milieu.

L'exemple le plus probant, à cet égard, est précisément

l'évolution internationale contemporaine, telle que nous l'avons décrite et caractérisée plus haut. La raison et le bien commun réclament, en ces conditions nouvelles de la vie des peuples, un resserrement et un développement organique des institutions internationales que l'on ne soupçonnait pas à d'autres époques de l'histoire.

Pourquoi donc? — Parce que la découverte et les applications industrielles de la vapeur et de l'électricité ont déterminé une généralité, une facilité et une rapidité absolument inédites dans les communications entre toutes les contrées et tous les peuples de la terre entière. Il en est résulté un triple phénomène social, que nous devons ici nous contenter de mentionner, mais dont l'influence est incalculable sur les caractères nouveaux de l'activité internationale et sur le besoin d'une organisation plus complexe.

C'est l'interdépendance économique universelle.

C'est l'universelle compénétration des peuples.

C'est la similitude croissante d'habitudes sociales.

Triple phénomène qui appelle toute une amplification inédite des organismes permanents de collaboration internationale en de multiples domaines.

De plus, un double phénomène, connexe avec les trois qui viennent d'être signalés, réclame toute une amplification inédite des procédures et organismes de solution pacifique des litiges internationaux, avec effort international d'assurance mutuelle contre la guerre.

C'est l'effroyable perfectionnement des moyens de destruction par le progrès de la technique scientifique.

C'est la terrifiante extension de tout phénomène guerrier et l'incalculable complexité de ses conséquences économiques et financières par le fait social de l'universelle solidarité des peuples.

Telles sont les principales causes par où s'explique, à notre époque, le développement des institutions internationales de collaboration et de pacification dont nous avons parlé.

Certes, *les modalités extérieures de chacun de leurs organismes* sont purement et simplement œuvre de droit positif, explicables dans leur détail par de libres démarches humaines et par des circonstances plus ou moins fortuites.

Mais, sous un aspect accidentel et contingent, la chose signifiée, la substance de la réforme accomplie, n'était ni fortuite ni facultative. Elle correspondait à une raison d'être objective. Elle apportait quelque satisfaction à un besoin social, de caractère universel, dont il devenait impossible de ne pas tenir compte effectivement. Bref, elle se rattachait aux convenances et aux requêtes objectives de la nature de l'homme et da la nature des choses.

Et nous voici en présence du *rapport exact entre le droit des gens et le droit naturel;* en présence également *de la plasticité, de l'élasticité du droit naturel,* dans le développement de ses applications à travers l'histoire.

Des organismes nouveaux surgissent du vivant même de notre génération.

Mais ils surgirent à cause de nécessités sociales et générales qu'il ne serait au pouvoir de personne ni de créer, ni d'empêcher, ni de dissimuler.

Donc, ces institutions nouvelles de la vie internationale, réclamées aujourd'hui par la raison et le bien commun, plongent leurs racines dans le droit naturel, dans la nature de l'homme et la nature des choses, fût-ce à propos d'une évolution sociale qui ne date encore que de quelques décades d'années. Il n'y a nul besoin de remonter avant le déluge pour saisir l'influence du droit naturel (ou objectif) à l'origine de créations humaines et inédites du droit positif, requises par le bien commun.

VII

A propos du droit des gens, comme à propos du droit interne de chaque État, — droit public ou privé, — comme à propos de la société domestique et de la communauté civique, plusieurs juristes philosophes, qui sont bien loin de professer le positivisme juridique, constatent cependant l'existence même d'un droit naturel, tel que celui dont nous venons de présenter la construction.

Les confusions et contradictions affligeantes dont témoigne trop souvent, en ces matières, l'histoire des idées et des institutions humaines les conduisent à considérer comme illu-

soire la conception d'une règle objective discernable par la droite raison et devant servir de base à toutes les lois positives.

Ces mêmes juristes philosophes pensent que les principales notions solides qui, dans le domaine du droit, obtiennent l'acquiescement salutaire du monde civilisé proviennent, en fait, de la doctrine chrétienne et de la tradition catholique. Non seulement les croyants s'en réclament, mais beaucoup d'incroyants sont eux-mêmes tributaires de l'influence chrétienne et catholique, en raison des habitudes mentales devenues courantes dans le milieu social et intellectuel auxquels ils appartiennent. On pourrait appeler pareille explication : un *fidéisme juridique*.

La part de vérité que l'on y doit reconnaître est le service considérable rendu à la cause du droit naturel et du droit des gens par la doctrine chrétienne et la tradition catholique. Ce fait est commenté, à propos d'une question analogue, par le Concile du Vatican, dans la Constitution *Dei Filius*. En effet, le Concile, définit que la connaissance du vrai Dieu et des autres vérités requises au discernement de la vraie religion peut être atteinte avec certitude par la raison humaine dans l'exercice de son activité naturelle. Mais, faisant allusion au dogme de la chute originelle et aux conséquences de la chute, même après la Rédemption, le Concile ajoute que, dans la condition présente du genre humain, les causes d'ignorance et d'erreur sont nombreuses et difficilement corrigibles en bien des cas. C'est pourquoi il affirme la précieuse efficacité de la révélation positive, enseignée par l'Église, pour faire en sorte, là où elle pénètre, que de telles vérités, naturellement connaissables, soient effectivement discernées d'une manière facile, par tout le monde, sans aucun mélange d'erreur, *expedite, ab omnibus, nullo admixto errore*. La même chose peut légitimement se dire à propos des vérités de morale sociale qui sont aussi l'objet du droit naturel, notamment de celles qui sont à la base du droit des gens.

Mais ce rôle efficace de la doctrine chrétienne et de la tradition catholique pour notifier à beaucoup et pour conserver chez beaucoup les concepts du droit naturel dans le genre humain n'a pas pour effet d'empêcher le droit naturel de rester le droit naturel.

Quand on parle du droit naturel, on ne vise pas à inclure ou à exclure telle ou telle influence qui peut contribuer effectivement à sa diffusion. Il s'agit de reconnaître que les concepts envisagés sont *d'ordre naturel et humain, discernables normalement par la droite raison humaine.* Tel est, sans contredit, le cas des exigences raisonnables de la nature sociale de l'homme en vue du bien commun des sociétés humaines. Aucun fidéisme juridique ne supprime cette vérité, qui intéresse le caractère même des requêtes objectives du droit naturel.

D'ailleurs, s'il est exact que le concours de la révélation, là où il exerce son rayonnement, aide la nature humaine à discerner et à retenir de hautes vérités de philosophie morale *expedite, ab omnibus nullo admixto errore,* il serait tout à fait sophistique de prétendre que, hors du rayonnement de la révélation, la raison humaine, usant de ses moyens naturels de connaître, ne soit souvent parvenue, malgré bien des oscillations ou des déviations, à discerner et à retenir elle-même avec certitude bon nombre de vérités morales et juridiques sur le code des droits et devoirs de la conscience humaine, de la société domestique, de la communauté civique, et enfin sur le code des droits et devoirs des rapports entre les peuples. Le fidéisme, dans tous les domaines, est responsable d'un excès de noir pessimisme au détriment de la nature humaine.

Le droit naturel existe dans la réalité contrôlable et non pas seulement dans l'abstraction philosophique. La religion chrétienne s'honore elle-même en rendant un témoignage explicite à la valeur objective de notre connaissance rationnelle et naturelle. C'est là aussi le ferme terrain de la philosophie du droit.

Résumons-nous donc en ce sens.

Les exigences de la nature raisonnable touchant la sociabilité humaine traduisent un ordre objectif et une intention divine qui régissent toutes les sociétés, institutions et législations de l'humanité.

Deux sociétés se présentent comme universellement nécessaires, quelle que soit la diversité de leurs conditions accessoires de réalisation concrète : la société domestique et la communauté civique.

Par delà les limites de chaque communauté civique, appa-

raît la communauté universelle des nations, caractérisée par le double phénomène de l'unité humaine et de la diversité humaine. Elle est régie elle-même par un système de droits et de devoirs entre nations, qui porte le nom de droit des gens.

Ce droit des gens a pour première base les devoirs universels de justice et de charité universellement exigés par la raison et la sociabilité humaines.

Il a pour règles subséquentes les requêtes du bien commun international, telles que les manifestent chacun des développements historiques et sociaux de la communauté des peuples.

Les circonstances de la vie contemporaine ont déterminé une évolution considérable des rapports internationaux qui réclame à son tour un perfectionnement, qu'on n'aurait point soupçonné jadis, des institutions organiques de la vie internationale. Institutions de collaboration et de pacification répondant à de nouvelles requêtes du bien commun.

C'est le droit positif et contractuel qui décide finalement des modalités concrètes et contingentes de détermination. Mais toujours il plonge ses racines, dès lors qu'il fait œuvre légitime et utile, dans le droit naturel, dans ses exigences fondamentales et dans les indications résultant de ses justes convenances.

La primauté rationnelle et salutaire qui s'affirme de la sorte est celle de la morale sociale.

Mais il s'agit de règles de morale sociale qui, par leur caractère et leur objet extérieur, sont susceptibles d'être positivement prescrites et sanctionnées par des institutions et des législations humaines.

Règles morales, elles deviennent, par là même, règles juridiques. C'est le droit naturel.

Et c'est le droit naturel appliqué aux devoirs et aux organismes internationaux.

C'est le rayonnement d'un seul ordre supérieur de morale et de droit, de justice et de charité, dans les rapports juridiques des États avec les États, des peuples avec les peuples.

Yves de la Brière S. J.
Professeur des Principes chrétiens du Droit des gens à l'Institut catholique de Paris.

Paris.

LES SOURCES DU DROIT ET DU POUVOIR POLITIQUE D'APRÈS TROIS THÉORIES MODERNES

Tandis que M. Bergson invitait les moralistes à explorer *Les Deux Sources de la morale et de la religion*, un dernier écho de la voix déjà éteinte de Maurice Hauriou conviait les juristes philosophes *Aux sources du droit*[1]. Coïncidence remarquable : le maître toulousain avait fait plus d'un emprunt au professeur du Collège de France. Le présent cahier des *Archives de philosophie* trouvera donc une conclusion naturelle dans un aperçu de la pensée juridique d'après ses plus récentes et plus hautes manifestations concernant le problème fondamental de l'origine du droit[2].

Pour comprendre pleinement les doctrines françaises, notamment celle d'Hauriou, il conviendrait de les mettre en opposition ou en parallèle avec les théories allemandes : matérialisme subjectiviste de l'autonomie absolue de la volonté et l'autolimitation du pouvoir étatique (*Herrschaft*) défendu par Iherling, Blüntschli, Jellinek, positivisme juridique objectiviste de Laband, inspiré de Kant, de Fichte et Hegel, achevé et accentué par Kelsen. Une brève analyse des derniers écrits du professeur de Vienne, de Cologne et de Genève, un rappel de la réaction outrancière de Duguit aideront du moins à replacer dans son milieu la mise au point constructive dont nous sommes redevables à Hauriou.

I. Le formalisme amétaphysique de Kelsen.

La réalité des faits sociaux, en tant que perceptibles aux sens, fait l'objet de la sociologie. La science juridique envisage

1. Sous ce titre, le 23e des *Cahiers de la Nouvelle Journée* a réuni en 1931 six articles parus précédemment dans diverses revues.

2. Ce problème a été repris depuis trois ans sous tous ses aspects par deux organismes, complémentaires l'un de l'autre, récemment nés d'une préoccupation commune aux juristes contemporains : les *Archives de philosophie du droit* et l'*Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*. Les travaux de la première session ont été publiés dans l'Annuaire de cet Institut par la Librairie du Recueil Sirey en 1934.

leur signification, leur licéité ou leur illicéité, leur validité ou leur invalidité au regard d'une norme à considérer en elle-même, indépendamment du processus physique ou psychique dont elle dérive : un délit, un contrat ne deviennent normes qu'à l'instant où ils sont jugés selon cette règle, dont l'application seule, d'après Kelsen, non pas même l'élaboration, ressortit à la science juridique.

Celle-ci est bien une science morale, car elle s'attache à des contenus intellectuels, à des réalités spirituelles — nous dirions : à des jugements de valeur — et non à des faits de conscience, qui ne sont à ses yeux que des réalités naturelles. Mais il entend la libérer de la morale transcendante, absolue et impérative, dont l'idéologie plane encore sur la doctrine et sur la jurisprudence contemporaines, lui rendre une valeur propre, indépendante, fût-elle provisoire et hypothétique, reprendre en un mot l' « effort malheureux » de la réaction libérale et bourgeoise du XIX[e] siècle contre la métaphysique[1].

A côté de ce qui est, le *sein*, objet des sciences descriptives, il y a ce qui doit être, le *sollen*, objet des sciences normatives, c'est-à-dire du droit et de la morale. La première de ces disciplines est conforme à la seconde : c'est un postulat; mais c'est une vérité scientifique qu'il n'en est pas une partie intégrante. D'où, la distinction entre deux justices : la Justice

1. « Si radical que soit le changement (du droit naturel au positivisme), il n'a jamais été complet. On ne considère sans doute plus le droit comme une catégorie éternelle et absolue...; mais l'idée d'une valeur juridique absolue ne disparaît pas absolument; elle continue d'exister dans l'idée morale de la justice, à laquelle la jurisprudence positiviste elle-même reste fidèle. Bien que l'on affirme énergiquement la distinction entre les deux termes, justice et droit restent reliés par des fils plus ou moins visibles. Pour être un droit, dit-on, l'ordre étatique positif doit participer en quelque façon à la justice, soit qu'il doive réaliser un minimum éthique, soit qu'il doive constituer une tentative, même insuffisante pour être un droit juste, pour être conforme à la justice: le droit positif doit correspondre dans une mesure quelconque, si modeste soit-elle, à l'idéal juridique. Mais étant donné que le caractère juridique de l'ordre étatique actuel est admis comme évident, sa légitimation par cette théorie du minimum moral — laquelle n'est d'ailleurs qu'une doctrine minimisée du droit naturel — se trouve également assurée, et ce minimum de garantie suffit au temps relativement calme de la domination consolidée de la bourgeoisie, dans une période d'équilibre relatif des forces sociales. On ne tire sans doute pas toutes les conséquences du principe positiviste que l'on a officiellement reconnu; la science du droit n'est sans doute pas tout entière positiviste, mais elle l'est en grande partie » (*La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit*, « Revue de métaphysique et de morale », avril 1934, p. 192).

idéale, transcendante à la raison comme une idée platonicienne, puis une justice en quelque sorte légale, relative et positive, seule réelle et seule accessible à la connaissance pure et à la science. Au dualisme ontologique de la chose en soi et du phénomène, répond le dualisme tout aussi métaphysique de la norme morale arationnelle et de la règle juridique. Nous voici entre deux idéologies : idéologie classique et conservatrice qui cherche à justifier le droit en vigueur par le droit naturel, idéologie révolutionnaire qui met en doute la validité du droit positif et le déforme. « La théorie pure du droit est dirigée « contre elles. Elle veut exposer le droit tel qu'il est, sans le « justifier comme conforme à la justice ou le disqualifier comme « injuste ; elle recherche le droit réel et possible, non le droit « bon. Elle est, en ce sens, une théorie radicalement réaliste. « En tant que science, elle ne se considère comme tenue à rien « d'autre qu'à saisir le droit positif dans son essence et à le « comprendre en analysant sa structure »[1].

La norme juridique reçoit ainsi une légalité propre, indépendante de l'autorité de la loi morale ; elle ne constitue pas un impératif, mais « un jugement hypothétique qui exprime la connexion spécifique d'un fait-condition et d'une conséquence ». La loi juridique établit entre ces deux faits un lien d'imputation analogue au lien de causalité posé par la loi physique, dite naturelle, entre l'effet et sa cause : l'assassin est puni (conséquence) à cause de son crime (condition juridique) ; il doit l'être (*sollt*) ; la loi morale établit parfois la même imputabilité, et oblige le juge à punir, mais cela dépasse le point de vue purement formel du juriste. La « conséquence » de l'acte-condition n'est autre que la sanction. La licéité de l'acte juridique prend donc naissance par l'insertion de la règle dans le droit positif :

1. *Loc. cit.*, p. 190. Kelsen complète ainsi sa pensée dans la *Théorie générale de l'État*, « Revue du droit public », 1926, p. 585, en note) : « Le juriste doit faire abstraction de la morale, le moraliste abstraction du droit ; point de vue moral et point de vue juridique sont exclusifs l'un de l'autre ; il faut choisir entre eux. C'est l'unité du point de vue de la connaissance juridique ; sous peine d'insolubles contradictions, seul l'un des deux systèmes de règles doit toujours être considéré comme valable. — En fait, sans doute, il y a pour les individus des conflits d'obligations, mais si cela intéresse la science des causes, la psychologie, la science des normes n'a pas à en tenir compte, qui étudie les règles comme des réalités objectives en elles-mêmes : pour elle, de deux règles contradictoires et en conflit, une seule peut être valable et rentrer dans un système déterminé de valeurs ».

le délit n'est plus la négation, mais la condition d'application et d'apparition du droit, dont le critère cesse d'être la conformité à une norme supérieure pour devenir purement empirique. La contrainte : telle est la pièce maîtresse du droit, qui trouvera son efficacité dans des « motivations » plus extrinsèques encore, dans la crainte de la désapprobation sociale ou d'une sanction supra-terrestre.

L'analyse découvre deux stades dans cet examen. Tout d'abord, une norme primaire : telle attitude comporte telle conséquence. Puis une norme secondaire : cette attitude est obligatoire, toute autre doit être prohibée. L'acte illicite ne contredira que la seconde ; il vérifiera au contraire la première, la seule qui exprime l'essence du droit, une essence amorale et apolitique, celle d'un ordre juridique, simple moyen de réaliser ou de maintenir un ordre social. Le *sollen* se placerait ainsi entre le *müssen* et le *sein*, comme une « légalité normative spécifique », le réseau de contraintes tendu autour des volontés est semblable à celui des pièges dressé autour du gibier. Du point de vue scientifique, présenter la sanction comme due n'est qu'un subterfuge destiné à effrayer le délinquant ; il n'y a pas de sens juridique distinct du sens moral, mais seulement des phénomènes naturels, physiques ou psychiques — un Français dirait : des réactions — soumis à la loi de causalité.

Causalité nécessaire ou causalité libre? Kelsen opte, en fait, pour la seconde. Son insistance sur le caractère coactif par lequel le droit se distingue des autres normes sociales teinte simplement de volontarisme son positivisme juridique et le pousse à ses dernières conséquences. Le droit, vidé de toute notion sociologique ou politique, se trouve réduit à une « mathématique des sciences humanitaires »[1] et séparé de ses sources.

L'obligation juridique se décompose en une pyramide de règles individuelles, puis collectives, chacune recevant son critérium de la norme supérieure : la norme étatique. On en arrive finalement « à une Constitution qui n'a plus été faite « d'après les prescriptions d'aucune Constitution antérieure, à « une « première » Constitution positive. Que celle-ci, et avec

1. LEIBHOLZ, *Les Tendances actuelles des doctrines du droit public en Allemagne*, « Archives de Philosophie du droit », 1931, cah. 1.

« elle toutes les règles de droit qu'on y fait remonter, soient « valables, il faut (tant qu'on se limite à la considération de « l'État et de son droit) le supposer. C'est de cette hypothèse, « et d'elle seulement, que résultent l'unité de l'ordre étatique et « le caractère juridique de tous les actes qui forment l'État; ce « qu'elle dit : on doit respecter les règles posées par l'organe « qui a élaboré la première Constitution »[1]. Cette constitution est la norme suprême et souveraine comme l'État, son sujet premier, qui la soutient plus qu'il ne l'a crée, la personnifie dans son ensemble et synthétise par l'organisation de la contrainte, tandis que les individus, sujets secondaires, la personnifient partiellement, et que Dieu personnifie toutes les lois de la nature. L'État dès lors ne sera-t-il pas souverain?

Le formalisme permet ici à Kelsen d'échapper au reproche d'absolutisme et d'arbitraire adressé à Ihering et à Jellinek. La souveraineté étatique est un attribut du droit, seule réalité objective. L'État, son aspect subjectif jouit d'une souveraineté formelle, la seule véritable d'ailleurs puisque seule objective et normologique, non d'une souveraineté matérielle : pourvu de puissance et de compétence, il n'en demeure pas moins sujet du droit. La hiérarchie des volontés que domine la volonté souveraine, la valeur de ses ordres reposent en dernière analyse sur une norme supérieure, non promulguée, puisant sa valeur en elle-même, pure catégorie de l'esprit exprimée dans le droit positif : l'ordre universel.

Mais ne reconnaissons-nous pas dans celui-ci le droit international? Le juriste viennois n'ose l'avouer franchement, par souci de la « pureté » de la doctrine. Il se borne à proclamer l'incompatibilité de la souveraineté de l'État avec l'existence d'une multitude de communautés juridiques indépendantes, d'un véritable droit des Gens avec un droit national externe, puis, dans l'hypothèse où le droit international constituerait un droit authentique, à condamner sa séparation d'avec le droit interne comme autonome. Le juriste, pour qui tout fait est hypothétique, hormis la promulgation de la loi, doit laisser au moraliste et à l'homme politique le choix entre la primauté de l'ordre international et le droit exclusif de l'État de dire le droit. « De

1. *Revue du droit public*, 1926, p. 583.

« même qu'il n'existe pas d'argument scientifique capable de « convaincre un anarchiste que les relations des individus « reposent non pas sur la force pure, mais sur des règles juri- « diques, parce que cette interprétation suppose que l'on a « préalablement accepté un postulat : l'existence de cette norme « fondamentale hypothétique dont nous avons déjà parlé; de « même on ne peut démontrer scientifiquement la nécessité « d'envisager les relations interétatiques comme des relations « juridiques entre sujets (c'est-à-dire ordres personnifiés) coor- « donnés »[1]. La priorité du droit objectif sur l'État, la priorité logique et certaine de la personne morale sur la personne physique, du caractère juridique sur le caractère psychique de la volonté législative et contractuelle conduisent ainsi à admettre l'autonomie d'un droit universel, appelé dans le doute droit intranational en attendant que son organisation de fait lui donne peut-être quelque jour la note supranationale; il ne sera plus permis dès lors de se représenter les relations internationales, ainsi qu'on peut le faire aujourd'hui encore du point vue de la « théorie pure du droit », comme l'anarchiste se représente les rapports entre individus. Nous en sommes actuellement au stade étatique du droit, synthèse abstraite de normes imposant à l'homme des obligations sans lui conférer nécessairement des droits subjectifs.

Kelsen semble avoir voulu s'évader, dans son plus récent ouvrage, de ce conceptualisme méthodologique stérile et décevant. La création de l'ordre étatique par ses propres sujets : telle serait précisément la note propre de la démocratie, qui prend naissance dès l'heure où un tel pouvoir passe entre leurs mains, la liberté individuelle fût-elle entièrement abolie. Cette suppression d'ailleurs apparaît comme le terme naturel du régime. « Non plus qu'aucun autre système politique, la démocratie ne « saurait éviter que des hommes soient commandés par leurs

1. *Ibid.*, p. 589. Plus récemment, à propos de l'organisation « technique » de la paix, Kelsen acclamait le remplacement du régime actuel d'autoprotection décentralisée par des organes de juridiction qui aideront la coutume à se préciser et, au lieu de figer le droit international comme le feraient des organes de législation ou de codification prématurément institués, créeront un ordre de contrainte caractéristique du droit; celui-ci serait donc près de sortir de la phase étatique (cf. *La technique du droit international*, « Revue du droit international et de législation comparée », 1934, pp. 8, 11 sq.).

« semblables. Mais la conscience politique proteste contre cette « domination. Le conflit se résout par un transfert : construi- « sant une mystérieuse volonté collective et une personne col- « lective presque mystique distincte des personnalités et des « volontés individuelles, c'est elle que l'on présente comme le « sujet du pouvoir politique »[1]. Les hommes cessent d'être libres comme individus et comme sujets ; ils le deviennent collectivement en tant que citoyens d'un État libre, et c'est en ce sens que Kelsen explique le fameux sophisme de Rousseau : « en forçant le citoyen à obéir, on le force à être libre »[2].

Car il est réaliste en tant que juriste. Il perçoit aussi bien l'impossibilité du gouvernement strictement majoritaire ou démocratie directe dans l'État moderne immense et complexe que les difficultés de réalisation de la démocratie indirecte sous la forme du parlementarisme, essentiellement composé de deux éléments peut-être conciliables qui restreignent la liberté : principe majoritaire, qui donne à la volonté étatique un caractère médiat, et d'autre part différenciation de l'organisme étatique par la division du travail, condition de tout progrès social. Kelsen ne défend pas la démocratie par la « grossière fiction de la représentation »[3], mais par la discrimination de plus en plus nette entre la masse amorphe des électeurs et les Parlements, dont nous trouvons au moins une ébauche jusque dans les autocraties, parfois même une hypertrophie dans les régimes

1. *La démocratie; sa nature; sa valeur*, p. 10.

2. Voir également (*op. cit.*, p. 26) sa critique d'une société politique à base professionnelle défendue par Triepel contre la conception « individualiste-atomistique » et mécanisée de l'État de partis, que Triepel identifie avec la démocratie.

3. « Destinée à dissimuler la réelle et considérable atteinte que subit l'idée de liberté du fait du parlementarisme, (elle) n'a à la longue plus pu remplir son office ; elle a au contraire fourni aux adversaires de la démocratie l'argument que celle-ci se fonde sur une affirmation d'une fausseté flagrante. Mais elle en a rempli un autre que celui auquel on l'avait destinée : elle a maintenu le mouvement des XIXe et XXe siècles, qui s'opérait sous la puissante pression politique de l'idée démocratique, dans une raisonnable ligne moyenne. En donnant à croire que la grande masse du peuple se gouverne elle-même politiquement dans le parlement élu, elle a empêché une exagération de l'idée démocratique dans la réalité politique, exagération qui n'aurait pas été sans danger pour le progrès social parce qu'elle serait allée nécessairement de pair avec un recul anti-naturel de la technique politique à un état primitif » (p. 37). Cette expérience de l'histoire lui faisait écrire (p. 30) : « La portée de la transition de la notion idéale à la notion réelle de « peuple » n'est ainsi pas moins réelle que celle de la métamorphose de la liberté naturelle en liberté politique. Un écart extraordinaire sépare donc, il faut l'avouer, l'idéologie et la réalité, et même déjà l'idéologie et sa réalisation maximum possible ».

qui prétendent se rapprocher le plus du gouvernement direct : telle, la Russie soviétique. Corps légiférants ou consultatifs, peu importe en fait : ils sont un aboutissement nécessaire du processus de formation de la volonté étatique. Cette volonté n'a rien d'une donnée psychologique; elle est « l'ordre idéal de la communauté, posé par une multitude d'actes individuels et en formant le contenu »[1] : ce système de prescriptions constitue l'ordre social obligatoire, et c'est par un anthropomorphisme nécessaire à l'intelligence des foules qu'on le présente comme la volonté de la personne étatique. Kelsen entrevoit donc la permanence des parlements jusque dans les dictatures : plus que par « les actes collectifs rédividuels, c'est par les normes générales » de la conduite réciproque des individus que la collectivité sociale est vivante dans leurs consciences. Mais la fonction de création des normes générales aura toujours tendance à se créer un organe collégial et non individuel[2]. Même et surtout dans les sociétés primitives, le pouvoir discrétionnaire ne peut prendre le caractère exclusif d'actes de commandement et de contrainte individuels, ni échapper aux normes générales. Kelsen, adversaire du régime corporatif, fatalement autocratique et régime de classe à ses yeux, cherche une garantie contre les excès du régime majoritaire dans l'autolimitation constitutionnelle, puis dans le divorce, particulièrement manifeste dans le système proportionaliste, entre l'idéologie démocratique et la réalité[3]. Le seul moyen

1. *Op. cit.*, p. 40.
2. *Op. cit.*, p. 42.
3. « Si l'on fait abstraction de la fiction que la majorité représente aussi la minorité, que sa volonté est la volonté du groupe tout entier, il apparaît que le principe majoritaire signifie la domination de la majorité sur la minorité. Mais en réalité cette domination ne se réalise le plus souvent pas. D'abord, la réalité sociale s'insurge contre ce que l'on a appelé parfois très justement « les hasards de l'arithmétique ». Dans la réalité sociale, la majorité numérique n'est pas toujours décisive; il se peut aussi, même si l'on suppose le principe majoritaire pleinement reconnu, que la minorité numérique domine la majorité numérique, soit d'une façon occulte, du fait que le groupe dominant n'est majorité qu'en apparence, par suite d'artifices quelconques de technique électorale, soit d'un façon tout à fait avouée, au cas de gouvernement de minorité, phénomène sans doute contraire à l'idéologie majoritaire et démocratique, mais parfaitement compatible avec la démocratie réelle. A considérer la réalité sociale, la signification du principe majoritaire ne consiste pas dans la volonté de la majorité numérique, mais en ce que cette idée étant admise, cette idéologie exerçant son action, les membres du groupe social s'organisent essentiellement en deux camps » (*op. cit.*, p. 66).

d'éviter le catastrophique conflit des classes prédit par le marxisme serait « la démocratie parlementaire, dont l'idéologie, socialement irréalisable, est la liberté, mais dont la réalité est la paix », dans la mesure où il permettrait une composition entre les forces opposées.

Mais une contradiction « fonctionnelle » surgit. La nature des choses exige que, une fois créées les normes générales dans un acte de volonté relativement libre, leur exécution soit acte de volonté relativement liée, étant par essence « soumise à l'idée de légalité, qui entre, à un certain stade de la formation de la volonté étatique, en conflit avec l'idée de démocratie »[1]. Néanmoins, la logique du système s'en accommode : la démocratie de la législation ne comporte pas nécessairement celle de l'exécution : le système ministériel, plus autocratique que l'exécution par des individus, est plus propre à l'assurer que le système directorial, qui compromet le sentiment et jusqu'à la mise en œuvre de la responsabilité. L'intrusion de la bureaucratie serait donc aussi logique que salutaire pour la démocratie et tendrait à en faire une autocratie déguisée[2] : d'ailleurs, seules les idéologies opposent ces deux régimes, dans l'élaboration des normes secondaires générales, c'est-à-dire des lois positives. Le dualisme du droit (ou science) et de l'idéologie (art politique), des normes générales (droit de l'État) et les normes individuelles (droit de la personne) est de part et d'autre aussi accusé. En partant de l'unité de la norme primaire, on aboutit sous tous les régimes à une unité relative des normes secondaires générales. A travers leur diversité, bien atténuée

1. *Op. cit.*, p. 81.

2. L'auteur en tire quelques conclusions pratiques quant au rôle de la justice constitutionnelle et des partis. Il relève la même opposition entre normes particulières et normes générales à propos de la décentralisation, avec laquelle s'accorde seule la création des premières ; une administration démocratique décentralisée se dresserait volontiers contre le législatif. « La légalité de l'exécution — ce qui signifie, si la législation est organisée démocratiquement, le respect de la volonté du peuple et par conséquent de la démocratie elle-même — est certainement mieux assurée dans les instances moyennes et inférieures par des agents nommés par le pouvoir central et responsables devant lui, c'est-à-dire par une organisation autocratique de cette fonction étatique, que par des collectivités décentralisées » (p. 83). Même opposition encore entre idéologie et pratique démocratiques quand celle-ci, au lieu de concentrer l'autorité entre les mains du peuple, sépare les pouvoirs et parfois les répartit entre des individus opposés par leurs intérêts (cf. *op. cit.*, pp. 91 sq. et *Revue du droit public*, 1926, p. 628).

par les nécessités pratiques et limitée au mode de choix des chefs, elles gardent un contenu commun, et c'est l'essentiel,

Dans quelle mesure traduiront-elles la vérité sociale? La majorité peut se tromper tout comme la minorité; l'idéologie de Rousseau est donc contraire à l'essence de la démocratie; il faut ici faire appel au criticisme. « La cause de la démocratie apparaîtra désespérée si « l'on part de l'idée que l'homme peut accéder à des vérités et saisir des valeurs absolues. Car que reste-t-il en face de l'autorité supérieure à tout Bien absolu..., sinon à obéir sans réserves à celui qui, le possédant, le connaît et le veut »[1]? Si l'homme ne croit pouvoir atteindre que le relatif et le phénomène changeant, il doit logiquement abandonner l'autocratie aux défenseurs de la métaphysique « mystico-religieuse », proclamer égales la volonté politique, la croyance de chacun, concilier les points de vue opposés dans un compromis seul apte à justifier spéculativement l'emploi de la contrainte en laissant à la minorité, « qui n'est pas absolument dans l'erreur ni sans droits », la possibilité de devenir cette majorité dont l'ordre social doit assurer le bonheur.

L'on voit par là combien Kelsen demeure asservi à son formalisme initial. Ses préférences politiques traduisent sur le plan « idéologique » le relativisme positiviste, comme sa « théorie pure » sur le plan intermédiaire du droit. Phénoméniste, il a considéré dès l'abord la morale comme une catégorie de l'esprit; criticiste, il n'a pu admettre d'autre critère juridique qu'une norme hypothétique fondamentale pareillement juridique. Le positivisme philosophique et juridique ne l'a cependant pas conduit jusqu'au positivisme sociologique. Le fait ne constitue pas le droit. Sur cette position moyenne, choisie sans doute pour éviter l'illogisme qu'il reproche à Kant de passer du scepticisme relativiste à un Absolu métaphysique, à un impératif catégorique et à une notion conservatrice et monarchiste du droit, et pour se défendre d'autre part du matérialisme des doctrines de la force, le maître viennois va subir les attaques des deux thèses extrêmes.

M. Davy lui reproche de chercher l'origine du droit hors des nécessités biologiques de la vie collective et de n'échapper aux

1. *La démocratie*, p. 110.

difficultés du dualisme que pour verser dans un « monisme juridique panétatique », parallèle à son monisme naturel panthéistique[1]. Même question, dans un sens opposé, chez M. Jaeger : « Si la souveraineté a » un sens absolu, son étude dépasse aussi bien le cadre du Droit positif que celui du Droit étatique : elle relève d'une science générale « des systèmes normologiques »[2]. Si la valeur du droit positif ne vient pas de sa promulgation, elle doit avoir une autre source ; l'absence de sanction positive n'enlève point au droit naturel sa qualité juridique ; bien plus, l'un et l'autre constituent un tout formel, et les frontières imposées au juriste par la théorie formaliste sont arbitraires. A notre époque d'instabilité, où le besoin de recourir à des principes supérieurs est particulièrement ressenti, il faut chercher ailleurs la distinction entre le droit objectif et le droit subjectif, sans laquelle s'imposerait l'autonomie de la volonté étatique. La souveraineté de cette volonté, pur attribut du droit, nous entraîne en pleine idéologie, à moins de se vider comme le droit lui-même de tout contenu précis. Y a-t-il une norme sans idéologie? et si tout est idéologie hors de lui, le droit ne doit-il pas s'appuyer sur elle pour rester normatif? D'autre part, éliminer le problème de la souveraineté matérielle revient à déformer la notion de loi, à étriquer le droit, et même à le priver de sa base la plus solide, si, comme le note M. Jaeger, la souveraineté formelle ne peut se prouver que par des habitudes de langage, des idées de théoriciens ou des vues d'hommes politiques[3], tandis que l'affirmation de la souveraineté matérielle repose sur des faits de droit positif, en premier lieu sur les Constitutions. Si intéressante que soit cette analyse de la souveraineté et du droit, elle demeure purement conceptuelle. La norme suprême (est obligatoire ce qui est obligatoire) est la simple transposition dans l'ordre moral du principe d'identité et, comme lui, la projection d'une forme de l'entendement

1. *Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen*, « Archives de philosophie du droit », 1933, cahier I, p. 19. S'il est permis de qualifier, avec le Recteur de l'Université de Rennes, l'objectivisme de Kelsen, c'est seulement dans la mesure où il est amétaphysique et formaliste plutôt que franchement antimétaphysique.

2. *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, p. 150.

3. *Ibid.*, p. 31, en note.

humain [1]. Métaphysique et morale se ramènent à une logique, l'objet de la science à une méthode : au choix de l'hypothèse première, dicté en fait par son efficacité, une norme cessant d'être telle quand elle est dépourvue de sa sanction. Le fondement du droit ne serait-il pas dès lors la dernière constitution, fût-elle d'origine révolutionnaire? et le législateur, monarque ou peuple, aurait-il le droit de la limiter?

Identification de l'État et du droit : Kelsen a cru pouvoir répondre par là au problème fondamental de la philosophie juridique. Son épistémologie néo-kantiste s'achève ainsi d'une part dans un optimisme pragmatiste et, d'autre part, dans un panthéisme idéaliste. Il a voulu étudier le droit à l'état pur, comme Bergson l'obligation; mais sa conception d'un système de normes et d'un système de forces, d'un ordre juridique et d'un ordre physique plus ou moins fictivement personnalisés dans l'État et en Dieu l'enferment dans un monisme statique. Aussi bien, un groupe de juristes allemands et autrichiens réclamaient-ils récemment la réintégration du droit dans la réalité sociale et politique, une synthèse assurant la liaison de l'idéalisme au positivisme[2]. En fait, d'ailleurs, l'insistance du chef de l'école normativiste à rappeler l'existence possible d'une règle morale absolue donne l'impression que la règle fondamentale n'a de valeur à ses propres yeux que par la réalité de l'hypothèse qui la soutient : « l'existence d'un ordre valable supérieur au droit positif ». Il éprouve un attrait inavoué pour la métaphysique. Son positivisme s'oppose donc à celui de Duguit.

II. Le Positivisme antimétaphysique de Duguit.

Passé du positivisme philosophique d'Auguste Comte au positivisme juridique par la sociologie durkeimienne, Duguit sépare nettement l'État et le droit, dont il voit la source dans le fait social, en tant qu'appréhendé par les consciences individuelles, dans une intuition plus ou moins obscure d'une réac-

1. *Ibid.*, p. 162.
2. Dans un ouvrage consacré à Kelsen : *Gesellschaft, Staat und Recht*, herausgeben von A. Verdross, Vienne, 1931, et dont les *Archives de Philosophie du droit* ont rendu compte dans le premier cahier de 1932, p. 301; cf. *ibid.*, 1931, Leibholz, *Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne*, où la théorie de Kelsen est qualifiée de « science juridique sans droit » (p. 209), et 1933, Davy, *Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen.*

tion possible du corps social si ce fait venait à être pratiquement méconnu. « La notion d'un devoir juridique s'imposant « aux gouvernants remplit la conscience des hommes modernes ; « la règle de droit est faite de la croyance pénétrant profondé- « ment la masse des hommes à une époque et dans un pays « donné que telle règle est impérative, que telle charge doit « être remplie. Le droit est avant tout une création psycholo- « gique de la société, déterminée par les besoins d'ordre « matériel, intellectuel et moral ».

Qui parle ainsi : le sociologue ou le philosophe ? Cet impératif semble bien n'avoir rien de catégorique : fais cela sous peine de t'y voir contraint par la réaction sociale[1].

Or l'on sait qu'après avoir posé la règle de droit « comme un postulat indéfectible », Duguit fait appel au sentiment de la socialité et à celui de la justice[2], non sans doute comme à une construction *a priori*, mais comme à la conclusion d'un raisonnement. Il ne peut lui conserver le caractère objectif essentiel au droit sans recourir soit au critérium de la majorité, qu'il rejette parce qu'indigne d'une notion si haute[3], soit à

1. Telle est aussi l'impression de M. Réglade, interprète autorisé de la pensée de son ancien maître : cf. *Archives de Philosophie du droit*, cah. I, 1934, consacré tout entier à l'œuvre de ce dernier, notamment pp. 27 sq.

2. *Traité de droit constitutionnel*, t. I, pp. 111, 123 et le chapitre IV.

3. Notre but n'étant point de reprendre une étude critique de cette doctrine, déjà faite au volume IV, cahier 3 de nos *Archives*, nous nous bornons à citer la remarque faite par M. Le Fur à la suite de l'article de M. Réglade (*loc. cit.*, p. 197) : « Dans les pays démocratiques, on ne pourra plus distinguer le droit objectif du droit positif, puisque c'est la volonté du plus grand nombre qui fait à la fois le droit positif (la loi) et le droit naturel ou objectif. Or la vérité morale ou juridique est indépendante du nombre de voix ; si dans une cité ou une nation la volonté générale est en faveur de l'alcoolisme ce n'est pas la preuve que l'alcoolimie est supérieur à la sobriété »... « Le droit international n'est pas fonction du nombre d'Etats qui admettent telle ou telle règle, que l'on tienne compte ou non du nombre de leurs ressortissants. Il n'est pas davantage fonction du nombre de traités passés dans un sens ou dans l'autre. Le droit est une question de raison ; il est à base tantôt de morale, tantôt d'économie politique, mais il a toujours pour but le bien de la communauté... Le bien commun : tel est le but du droit ; or dans la doctrine de Duguit, il se trouve compromis par l'introduction de cette règle que le droit, c'est pratiquement la volonté des individus ». Et plus loin (p. 201) : « Ce n'est pas toutes la masse des idées conscientes qui sont obligatoires, mais comme l'avait déjà dit Aristote, les idées conscientes de l'homme juste. Reconnaître le caractère obligatoire de la solidarité conforme à la justice, telle que la raison travaillant sur la donnée des faits nous permet de la constater, c'est faire preuve d'un plus grand respect pour la vérité sociale et pour la solidarité même que de s'en tenir à la constatation du fait, parfois bien difficile à saisir, de ce qu'est à un moment donné l'opinion générale ».

celui de la quasi-unanimité particulièrement rare à notre époque et parfois trompeur : faut-il rappeler certaines exigences manifestes de la justice non reconnues par nombre d'individus soit dans la masse — condamnation du divorce, de l'alcoolisme ou de l'avortement — soit même dans les élites intellectuelles, qui, en Allemagne par exemple, se sont prononcées au xxe siècle en immense majorité pour la prééminence de l'État sur le droit? Le doyen de Bordeaux reconnaît implicitement ce désaccord. Il se refuse à envisager la résistance au verdict de la conscience. Or sur quoi se fonde pareille certitude? M. Réglade, soucieux de défendre son maître contre le reproche de contradiction, répond : sur la crainte de la sanction[1]. Mais à voir revenir sans cesse le terme de « conscience » au lieu de « raison », qui évoquerait l'idée d'une opération purement intellectuelle, à lire la description d'un législateur « construisant » sur les « données » de cette conscience, il semble difficile de ne pas voir dans cet impératif traduit par le sentiment de justice un impératif absolu et dans ce droit objectif, un droit « prépositif », ébauche d'un vrai droit naturel. Sinon, M. Réglade ne verrait pas dans ce réalisme l'esquisse d'un retour au thomisme[2]. La justice, décrite dans le *Traité de droit constitutionnel* sous sa double forme distributive et commutative, si proche de la justice traditionnelle, ne peut être que cet appel au Bien où se retrouvent le droit et la morale; la nécessité « scientifique » de leur rencontre est énergiquement niée dans le tome V. Nous doutons qu'elle l'eût été encore dans un sixième volume[3], car la notion imprécise de droit objectif, dans lequel il croyait voir un droit strictement positif, masquait à ses yeux le passage au droit naturel; sa loyauté intellectuelle l'aurait contraint de se rendre à la logique, comme elle eût fait tomber l'autre obstacle : la nécessité de reconnaître franchement l'existence du libre arbitre.

Cette question capitale lui semblait secondaire dans la conception d'un État régime équilibré imposé à une nation et non point personnification de cette nation. Il s'est contenté de

1. Voir en particulier les critiques de M. Le Fur dans l'article cité et de M. Waline dans les *Mélanges Carré de Malberg*.
2. *Archives de philosophie du droit*, 1932, cah. I, pp. 23, 38, 54-57.
3. Telle est aussi l'opinion de M. Le Fur, par exemple, *loc. cit.*, p. 204.

repousser le déterminisme qui aurait fait de la solidarité une loi de cause au lieu d'une loi de but et ramené la sociologie au rang de science descriptive et biologie supérieure, et de réduire la liberté à la conscience d'un but poursuivi, qui, généralisée, crée le droit[1]. Un droit désubjectivé, bien entendu : plus d'autonomie de la volonté, ni même de contrat dans la mesure où il suppose une hiérarchie des volontés ; ces volontés déclanchent simplement l'application d'une règle objective. Leur accord se ramène en droit public à une « convention-loi », et en droit privé n'a droit à aucune protection légale. Immorale et anarchique, la notion de droit (subjectif) »[2]. Le pouvoir de faire, de ne pas faire ou d'exiger quelque chose se résorbe en une fonction sociale, insérée dans le jeu universel de la solidarité. Duguit en apporte cette preuve : le contrat passé par une personne morale est un acte, et pourtant il n'y a pas de volonté collective.

Sur ce point encore, le réalisme du grand juriste se serait estompé. Il aurait vraisemblablement renoncé à tirer l'existence de sujets sans droits d'un mouvement qui tendait à éviter la présence de droits sans sujets; il aurait reconnu la réalité essentielle de la communauté des vouloirs, consécutive à la communauté des buts et des intérêts. Satisfait d'avoir libéré la science juridique de survivances désuètes de l'idéologie subjectiviste du XVIIIe siècle — contrat social, autonomie de la volonté, souveraineté de la nation incarnant les générations successives —, il rejoindrait finalement les grands juristes contemporains. Il a toujours admis la concordance des idées morales avec la réalité juridique, mais arrêté devant le pro-

1. M. SCELLE, qui pousse jusqu'à ses dernières conséquences la thèse sociologique d'où est parti DUGUIT, ne manque pas de souligner les inconséquences de ce dernier (*Archives de philosophie*, 1933, cah. 1, pp. 102, 105 sq.), qui d'ailleurs sur la fin de sa vie nous avouait cette difficulté de passer du fait à la règle; il persistait néanmoins « à penser qu'il faut arriver à fonder une règle et à déterminer les valeurs sociales sans faire appel à un principe d'ordre religieux ou métaphysique, que c'est d'ailleurs le seul moyen de les sauver. Si l'homme se pénètre vraiment de son caractère individuel et social, il arrive à comprendre par là même l'obligation pour lui d'être à la fois individuel et social, non pas obligation au sens propre, mais loi de l'homme, loi consciente et donc loi de but ». M. RÉGLADE discerne justement chez son maître la reconnaissance d'une autonomie fort voisine de la liberté classique; ne pouvons-nous pas ajouter : d'une obligation naturelle ?

2. Cf. *Les transformations générales du droit privé*, p. 1

blème psychologique de la liberté et le problème moral de l'obligation, sa solution, déviant de ses prémisses positivistes vers la doctrine traditionnelle, est demeurée incomplète.

Demeuré ainsi à distance des sources du droit, il a pourtant marqué, non sans quelque exagération, une conclusion précieuse de son œuvre : la mission du législateur est de déclarer, de mettre en œuvre et de sanctionner la règle de droit; elle surpasse en importance le rôle de la coutume, de la jurisprudence et de la doctrine, mais elle appartient au même ordre : celui des modes de constatation du droit, non de ses sources dernières[1]; elle est dominée, érigée par les consciences individuelles interprétant les exigences de la solidarité suivant les règles de la justice, qui s'imposent à elles sans distinction de gouvernants et de gouvernés.

M. Bergson rappelait récemment la tendance inconsciente, commune à tous les philosophes qui ressentent l'impossibilité de donner à l'obligation individuelle un caractère suffisamment impératif, à considérer l'homme comme pris dans « une société où il y a des pressions décisives et des aspirations complémentaires qui les prolongent »[2] et comme incapable en fait de poursuivre une fin strictement individuelle. C'est le fait

1. Cf. Réglade, *loc. cit.*, pp. 53 sq. L'on regrette de voir Duguit traiter la puissance publique de fiction, « de notion sans valeur qu'il faut bannir de toute construction positive du droit public », de « chose sans réalité », de pouvoir de fait et non de droit (*Traité*, t. II, p. 33). L'imprécision de sa pensée apparaît aussi quand il refuse au verdict des consciences la qualité de créateur du droit, même positif, parce que ce verdict n'a pas de force en lui-même.

2. *Les deux sources de la morale et de la religion*, p. 98 sq. « L'obligation est une nécessité avec laquelle on discute »; mais M. B. estime que l'intelligence tient nécessairement compte de l'invisible force de la pression sociale. « Si c'est l'intelligence d'un philosophe, elle construira une morale théorique où l'interpénétration de l'intérêt personnel et de l'intérêt général sera démontrée et où l'obligation se ramènera à la nécessité, sentie par nous de penser à autrui si nous voulons nous rendre intelligemment utiles à nous-mêmes. Mais nous pourrons toujours répondre qu'il ne nous plaît pas d'entendre ainsi notre intérêt, et l'on ne voit pas alors pourquoi nous nous sentirions obligés encore. Nous le sommes cependant, et l'intelligence le sait bien, et c'est pourquoi elle a tenté la démonstration. Mais la vérité est que sa démonstration ne semble aboutir que parce qu'elle livre passage à quelque chose dont elle ne parle pas, et qui est l'essentiel : une nécessité subie et sentie, que le raisonnement avait refoulée et qu'un raisonnement antagoniste ramène. Ce qu'il y a de proprement obligatoire dans l'obligation ne vient donc pas de l'intelligence. Celle-ci n'explique, de l'obligation, que ce qu'on y trouve d'hésitation. Là où elle paraît fonder l'obligation, elle se borne à la maintenir en résistant à une résistance, en empêchant d'empêcher » (*Ibid.*, p. 93-94).

de tous ceux qui envisagent la morale comme une dynamique ou une biologie sociale. Les deux juristes que nous venons de présenter dépassent ce stade; mais ce n'est point pour chercher avec l'auteur de l'*Évolution créatrice* la réalisation des valeurs spirituelles dans la formation du nouveau en tant que tel exerçant une influence causale sur les consciences ou dans le réveil possible des forces spirituelles latentes, en premier lieu de l'élan émotif d'amour qui associe l'homme au mouvement de l'univers, de l'« intuition sympathique ». Ils ne retiennent du dualisme : pression sociale, appel du héros, que le premier terme; l'ordre moral et métaphysique est à leur sens un postulat, mais un postulat nécessaire. En réalité, ils acceptent le fait de l'obligation morale, sans l'analyser à fond. Ils n'admettraient même pas, contre Bergson, la confusion de fait, dans la conscience humaine, entre loi physique et commandement moral[1]; Kelsen, le plus moniste d'entre eux, distingue nettement ces deux catégories de lois et conçoit la société comme un ensemble de rapports non purement réels, régis par le principe de causalité, mais logiquement obligatoires, le propre de l'ordre juridique étant de constituer un ordre idéal, applicable à des êtres raisonnables. Cet ordre normatif émerge au-dessus du déterminisme, même spiritualisé sous forme de tradition; il assure la cohésion de l'organisme, et la dirige au lieu de la subir. Le professeur de Vienne et à plus forte raison celui de Bordeaux suivent une direction opposée à celle de Bergson; ils ne considèrent pas l'obligation à l'état pur, séparée de l'idéal. La solidarité n'est que la donnée première d'un jugement de valeur, et non d'une intuition instinctive, d'où naît l'obligation subjective : celle-ci appartient vraiment au for intérieur, pour passer au for social et devenir la norme objective par sa diffusion — non nécessaire — dans la masse.

III. — Le réalisme métaphysique d'Hauriou.

Préoccupé de renconstruire sur les ruines accumulées par les négations de ces deux systèmes, Hauriou aurait volontiers

1. Cf. Davy, *Le problème de l'obligation chez Duguit et Kelsen*, « Archives de Philosophie du droit », 1933, I, pp. 21 sq.

retenu la partie dynamique de celui de Kelsen — séparation des pouvoirs, création partielle du droit par le pouvoir législatif ou par le pouvoir réglementaire —; mais la subordination de ce plan à la règle hypothétique immuable d'un ordre social essentiellement nécessitant, la substitution du primat de l'autorité à celui d'une liberté relative, la réapparition d'un impératif catégorique statique plus tyrannique que l'obligation théologique l'ont détourné de ce panthéisme idéaliste. « Seule, une philosophie de la liberté est compatible avec le droit » [1].

Le positivisme de Duguit ne pouvait davantage le satisfaire, qui supprime l'*obligatio juris*, absorbe à force de juridisme le droit subjectif et le pouvoir dans une règle de droit condamnée au statisme par la négation même de ce pouvoir de création du droit refusé aux forces subjectives au profit presque exclusif de la coutume, toujours lente et par surcroît rarement manifestée sous la forme de préceptes très généraux[2]. L'élément objectif du droit est statique, le subjectif est dynamique : dichotomie que sauvegardera un objectivisme mitigé, sous le nom de vitalisme social. De même que le premier élément est primordial dans le droit constitutionnel, qui règle la manière d'être de l'Etat, cet élément représentant l'ordre public, ainsi le second dominera dans les branches du droit qui fixent ses rapports juridiques soit avec ses sujets (droit administratif), soit avec ses égaux (droit international), car cet autre élément met en lumière la responsabilité de l'État[3].

Un dualisme analogue se retrouve dans le pouvoir politique.

Les sujets réclament d'une volonté commune et libre non pas une puissance de force, mais un pouvoir raisonnable dévoué au bien commun. Or la valeur politique est la valeur des hommes, de même que la valeur économique est celle des choses; c'est elle qui s'impose aux citoyens sous forme de compétence, avant de se manifester par des ordres. « L'autorité est chez le chef une qualité de la volonté »; supériorité morale propre à une élite. Le pouvoir de droit sera donc minoritaire, aux mains d'une aristocratie tout intellectuelle, animant

1. *Aux sources du droit*, p. 84.
2. *Ibid.*, p. 85. Le même reproche est adressé à Carré de Malberg dans le *Précis de droit constitutionnel*, p. 178 en note.
3. Cf. *Précis de droit administratif*, 2e édit., p. 111.

les institutions gouvernementales et dirigeant le personnel fonctionnarisé.

Un élément de fait vient étayer cet élément de droit. Le pouvoir, appuyé sur l'opinion publique conquise par lui s'impose, s'il le faut, par une contrainte matérielle et se fait volonté de domination pour la domination. Elle est alors le fait des hommes politiques issus du suffrage.

Hauriou fait ainsi un continuel alliage de classicisme et d'évolutionnisme juridique. Il part de l'idée thomiste de bien commun pour montrer aussitôt le pouvoir assis sur la confiance — un économiste contemporain dirait, d'un terme non moins dynamique : sur le crédit — et dont l'énergie spirituelle non seulement se développe dans la société, mais la crée en instituant l'ordre. « L'obéissance est le lien des sociétés humaines » : le rappel de ce mot de Prévost-Paradol indique déjà dans quel sens s'oriente sa pensée.

Suivant que l'élément de droit, majoritaire, ou l'élément de fait, minoritaire, dominera, le pouvoir sera régulier ou irrégulier. Non pas que le premier seul représente la légitimité; mais il est plus proche de l'autorité suprême : *omnis potestas a Deo*. Le pouvoir minoritaire dérive de cette source unique de toute autorité : *vox populi, vox Dei,* par l'intermédiaire de la communion politique, nous dirions : du vouloir-vivre collectif; l'autre au contraire procède de cette source en droite ligne. Hauriou, étant remonté jusqu'à saint Paul, revient aux penseurs modernes. Il laisse la thèse du droit divin surnaturel de Bossuet, et s'arrête à celle du droit divin providentiel de Joseph de Maistre et de Bonald, qui dispense de tout recours au mythe de la collectivité sociale ou d'une règle sociale extérieure et se concilie mieux avec les droits de Dieu sur l'élite, choisie par Lui, dépendante de Lui et redevable envers Lui d'un culte social. « De cette doctrine de l'origine divine, il faut retenir ceci que le pouvoir politique doit à Dieu l'hommage de son culte pour obtenir tout l'hommage de ses sujets.... Il y a une logique dans le blasphème anarchiste *Ni Dieu, ni maître*; le maître qui renie Dieu se renie lui-même »[1].

Les détenteurs du pouvoir, n'étant que de simples manda-

1. *Précis de droit constitutionnel*, p. 166.

taires, se rapprocheront d'autant plus de la légitimité qu'ils se dépersonnaliseront davantage pour s'identifier avec leur fonction. Le pouvoir de droit est d'autre part essentiellement continu. Son titulaire normal sera donc l'institution. De fait, l'on voit sa dévolution de plus en plus soustraite à la volonté de ses possesseurs actuels, de plus en plus étroitement régie par un principe de légitimité ou loi constitutionnelle. « Mais par la force des choses, lorsque le pouvoir d'un certain régime politique a été transmis plusieurs fois de suite conformément à la loi, ce pouvoir et ce régime deviennent en eux-mêmes légitimes et paraissent exister en vertu de la loi. A ce moment-là, il se constitue une légitimité juridique qui joue le rôle d'une justification juridique du pouvoir et qui vient recouvrir la justification philosophique ou religieuse résultant de l'origine divine »[1]. Le pouvoir procède donc de Dieu et la loi, du pouvoir.

Elle ne sera donc point souveraine. La norme de la justice est transcendante aux volontés humaines; elle doit être par ailleurs capable de s'adapter à la mobilité de l'ordre social, constamment uni à une dose de justice déjà incorporée et qui semble parfois révolutionnaire à raison de ses fins plus individualistes[2]. Un concept nouveau permet à Hauriou de faire la synthèse de la stabilité et du mouvement dans l'élaboration du droit : l'institution, dont la fondation représente le fondement juridique de la société et de l'État.

Une idée en application, et donc en marche, un jaillissement de la vie juridique spontanée, un cadre où les initiatives individuelles viendront librement s'insérer, mais en pliant à ses formes leur adhésion : tout cela, c'est l'institution; elle donne au droit une réalité. Le fait normatif est le fait de nature, mais un fait rationnel[3]. Le droit institutionnel est l'adaptation des faits aux idées organisatrices de justice et d'ordre social. De l'institution-groupe, l'on est passé et l'on passe sans cesse à l'institution-chose — nous dirions aux institutions —, puis à l'institution-règle ; « à mesure qu'une institution devient état de

1. *Ibid.*, p. 177.
2. *Aux sources du droit*, p. 47.
3. Cf. Gurvitch, *Les idées maîtresses de M. Hauriou*, « Archives de philosophie du droit », 1931, I, p. 159. A la fin de cet article, inséré ultérieurement dans *L'idée du droit social*, livre V, chap. 3, sont relevées les principales incertitudes et inconséquences du système.

droit, elle se révèle en même temps source du droit; toute institution joue dans une certaine mesure « le rôle d'engendrer du droit »[1].

Le droit est donc un continu. L'évolution de la nation et des autres groupements institutionnels aboutit à une personnalisation corporative. Dans le stade d'incorporation, faute de manifestation de communion dans l'idée entre les membres, durée et continuité sont précaires; mais le pouvoir crée et maintient des situations juridiques; il incorpore l'idée directrice, et mettant au service de celle-ci sa propre volonté, il prolonge l'effet des manifestations discontinues de la communauté consensuelle; la continuité de l'idée devient subjective sans cesser de rester objective. La réalité des personnes morales réside donc dans la permanence du but et du vouloir de leurs fondateurs : seul élément stable et transcendant dans l'évolution universelle. Cette continuité est faite de création; d'où l'importance de l'œuvre jurisprudentielle, plus souple que celle de la coutume, infiniment plus créatrice et plus nécessaire dans notre civilisation à l'évolution rapide, mais retenue par les exigences anticollectivistes d'une production de plus en plus intense.

Le souci d'allier la souplesse à la stabilité a donc conduit Hauriou à une formule fort différente de celle de Kelsen. Le pouvoir majoritaire, pouvoir de domination issu du suffrage populaire interprétant la communauté d'idéal, a bien incorporé l'État à la nation et l'a individualisé objectivement; il s'est développé historiquement par la conquête des libertés politiques, qui conduisent à la démocratie sans nécessairement la supposer : évolution, voire révolution, légitimes à la condition qu'il n'excède point son rôle représentatif de contrôle, de légitime défense de la nation contre le pouvoir minoritaire[2]; ce dernier, bien que non souverain, est supérieur au pouvoir majoritaire, dont le règne consacrerait l'existence d'un pouvoir

1. *Précis de droit administratif*, p. 17.

2. « L'ordre social démocratique réalise plus de justice sociale que l'aristocratique, mais aussi l'expérience le démontre plus fragile, parce que l'égalité dans la liberté compromet son équilibre statique, qui est à base de pouvoir et d'autorité » (*Aux sources du droit*, p. 51), et c'est pour ce motif que le législatif, qui tient la première place dans ce régime tend à s'institutionnaliser par l'installation des commissions parlementaires (cf. *Précis de droit constitutionnel*, p. 166).

de fait et réaliserait la boutade de Duguit : « Les gouvernants sont ceux qui exercent la plus grande force dans l'État ». Hauriou, spiritualiste, entrevoit là un retour à ce matérialisme allemand qu'il a entrepris d'exterminer. L'énergie autonome qui caractérise le pouvoir n'est à ses yeux qu'une liberté gouvernant d'autres libertés en vertu d'une supériorité de l'intelligence et de la volonté : elle ne peut être qu'entre les mains d'une élite et des institutions, c'est-à-dire du pouvoir minoritaire; sinon, l'État se dissoudrait, la puissance publique céderait la place à une bureaucratie irresponsable, et la liberté politique disparaîtrait avec la non moins indispensable liberté économique[1].

La perception du besoin d'élites, rénovatrices des énergies morales et des sentiments de justice et de charité dans les masses, a fait aboutir le maître toulousain au personnalisme hiérarchique thomiste, exprimé par la subordination du pouvoir majoritaire au pouvoir minoritaire, divin par son origine. M. Gurvitch hésite à croire qu'il ait pu dévier ainsi de sa thèse initiale, à tendance démocratique, de l'interpénétration des consciences et de la collaboration égalitaire[2] : la distinction, au sein de l'institution, entre l'« idée » vivante, incarnée dans la communauté, sous-jacente, et le « but » immuable, extérieur et rationnel serait comme toute conception téléologique dans le système bergsonien une image abstraite, schématisée, simple déformation d'une donnée de l'élan vital, ou traduirait la vue proudhonienne de l'équilibre entre des éléments contradictoires. Le R. P. Delos retrouve là au contraire l'hylémorphisme aristotélicien, prêt à unifier son dualisme dans l'idée de bien commun. M. Gurvitch aussitôt objecte : accorder le primat à la personne, la séparer des choses, c'est verser dans le subjectivisme. Hauriou nous semble tout au contraire avoir sauvé l'objectivisme en mettant à la base du pouvoir « la libre énergie de la volonté qui assume l'entreprise du gouvernement d'un groupe par la création de l'ordre et du droit » et donne à celui-ci une valeur pratique. Il a d'ailleurs affirmé sa propre évolution en se déclarant « positiviste devenu catholique,

1. Cf. *Précis de droit constitutionnel*, 1re éd., pp. 1, 148, 191 sq.; *Aux sources du droit*, p. 21.
2. *L'idée du droit social*, pp. 657 sq.

c'est-à-dire positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu moral, social et juridique du dogme catholique »[1].

Parallèlement, la défiance du nominalisme l'a conduit à la thèse d'un droit naturel, idéal absolu progressivement réalisé par la science et l'art juridiques. Il ne lui a manqué, pour être pleinement thomiste, que d'introduire dans cet idéal, en marge de la conception théocratique du pouvoir, un élément « donné » par la nature. Son œuvre portait à ses débuts la marque platonicienne de la réalité des idées extratemporelles (incarnées dans les personnes morales et dans les autres institutions) et l'empreinte proudhonienne du principe de la lutte antihiérarchique entre les éléments irréductibles d'une totalité immanente. Dans la suite, grâce à de larges emprunts faits au bergsonisme et sous l'influence de l'école phénoménologique allemande, il en est arrivé, pour reprendre les termes de M. Gurvitch, à un « idéal-réalisme » ou « spiritualisme réaliste » où le dualisme subsistait entre la durée pure, milieu purement qualitatif des idées créatrices, parmi lesquelles l'action morale et la durée empirique, milieu quantitatif de leur incorporation, uniformisée par l'intervention de la justice et du droit, tantôt modérant, tantôt accélérant le rythme de l'évolution sociale[2].

*
* *

Comment s'établirait donc à son sens la distinction entre obligation juridique et obligation morale? L'une, qu'on nous décrivait récemment faite « comme de croyances pratiques, de sortes d'hypothèses normatives dont nous éprouvons la valeur au contact de l'expérience et par lesquelles notre nature morale se recrée en progressant », dominerait la législation civile et surtout la jurisprudence, qui adapte les

1. *Principes de droit public*, 2e éd., p. XXIV.

« Comme Barrès, Hauriou a constamment recherché de nouvelles raisons, parfois singulièrement hardies, de comprendre, de maintenir, d'affermir les réalités essentielles qui ont assuré le développement de la civilisation. Comme Bergson, il a au terme de ses investigations rencontré l'affirmation métaphysique. Par la voie de recherche juridique et sociale, il se trouve conduit à ce qu'on pourrait appeler une métaphysique expérimentale, comme le philosophe y a été amené par l'analyse psychologique » (Discours à la Séance solennelle de la Faculté de droit de Toulouse, 8 juin 1929; cf. *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1930, p. 269).

2. *Aux sources du droit*, p. 78; *Précis de droit constitutionnel,* livre I, chap. II, sect. I, § II.

règles juridiques aux faits, suivant les réactions de la conscience individuelle et sociale. L'autre, contexture idéale des grandes normes de la civilisation, « d'une série d'absolus, d'a priori constitutifs de notre nature psychologique ou sociale »[1] toucherait aux régions profondes et vitales, moins mouvantes, où évolue la conscience et s'élabore la raison. L'une aurait fourni son fondement à la théorie subjectiviste et volontariste, transposée sans adaptation du droit romain; l'autre aurait inspiré les progrès de la thèse objectiviste dans la doctrine et la jurisprudence contemporaines, qui tendent de plus en plus à interpréter la volonté du législateur dans le texte de la loi, celle des parties dans la lettre du contrat en fonction du but qu'ils ont poursuivi ou auraient dû poursuivre, à tempérer les écarts de la volonté individuelle en réduisant son rôle au déclanchement de la règle sociale universelle et permanente et en tenant de moins en moins compte des vices qui la faussent. Le domaine du contrat se restreint de la sorte au profit de celui du quasi-contrat; le droit acquiert une plus grande souplesse, une plus grande uniformité, et les transactions devraient en devenir plus sûres. La notion juridique de cause et la notion morale d'équité, à la base de cette interprétation soutiennent, au-delà du contrôle juridictionnel, une véritable création administrative. La société, conclut M. Aillet, réglementait à l'origine nos obligations « par des ordres et des interdictions de caractère général et absolu, par des impératifs non motivés, par des institutions rigides, expression de croyances imposées par une autorité sacrée et qu'on ne discute point[2] ». L'élaboration législative et jurisprudentielle du droit civil naîtrait au contraire d'un arbitrage entre intérêts divers, inspiré par la raison soucieuse des faits, faisant parfois violence à la raison logique, par exemple lorsqu'elle cesse de condamner l'assurance sur la vie sous prétexte qu'elle équivaut à une spéculation sur la mort.

La frontière entre obligation juridique et obligation morale est à maintenir, mais elle ne doit pas, à notre avis, s'établir entre droit civil et droit pénal. La responsabilité pénale, bien

1. AILLET, *Obligation civile et obligation morale*, « Revue de métaphysique et de morale », 1927, p. 39.
2. *Ibid.*, p. 55.

que très voisine de l'imputabilité morale, n'est pas nécessairement morale dans ses dernières conséquences juridiques — le coupable peut en conscience nier son crime —; inversement surtout, bien des règles civiles, la restitution de l'indû entre autres, ont un caractère nettement moral et vérifient la définition proposée par M. Aillet : l'idée d'une même chose apparaissant non pas comme une représentation obscure, comme un sentiment inexpliqué entouré d'un prestige social rebelle à toute justification, mais bien « en raison de sa valeur même, jugée avec évidence au contact des faits par une conscience soucieuse d'accorder ses exigences propres avec celle d'une situation complexe, impartialement examinée »[1].

Le critérium nous semble être plutôt le caractère terrestre et hypothétique ou, au contraire, supra-terrestre et absolu de la sanction[2], mieux : le caractère intime (de for interne) ou social (de for externe) de l'obligation. Mais cette frontière ne se dresse infranchissable que si l'on tient la morale pour une norme a priori et rigide. Si l'on prend au contraire pour norme fondamentale la nature humaine avec son ensemble de tendances et de réactions, librement orientées vers le Bien par une « raison concrète » raisonnant sur les rapports sociaux, la morale prend assez de souplesse pour s'adapter aux contingences sociales, assez de fermeté pour offrir un certain nombre

1. *Ibid.*, p. 62.

2. M. Réglade fonde d'après ce critère la règle morale sur la vertu de justice, la règle juridique sur le sens rationnel de justice, et enlève du domaine du droit le suicide, parce que tout en étant socialement nuisible il ôte toute prise à la sanction par l'extinction de l'action en justice. On pourrait objecter que ce crime peut appartenir au domaine du droit, précisément à cause de ses inconvénients sociaux, sous la forme de mesures préventives : interdiction d'enseigner sa légitimité, internement des déséquilibrés. C'est peut-être pour ce motif que M. R. adopte finalement comme critère, après l'avoir écarté, la qualité individuelle ou sociale de l'idéal proposé par chacune des deux disciplines sous la forme, inattendue chez un disciple de Duguit, de la naissance d'un droit subjectif socialement garanti. Tel est, croyons-nous le vrai point de vue. La morale peut être individuelle ou sociale; une règle sociale n'est pas nécessairement juridique, mais une règle juridique est forcément sociale. Le droit naturel est bien cette partie de la morale qui admet et postule une sanction positive afin de passer du for interne au for externe; il coïncide matériellement, non formellement, avec la morale sociale. M. R. s'accorderait sans doute sur cette notion avec le R. P. Delos (cf. *Archives de philosophie du droit*, 1933, I, pp. 181; 191, ainsi que les réflexions faites dans notre sens par M. Léon, 1934, I, 241, à propos d'un ouvrage sur Kelsen, et dans les *Mélanges Carré de Malberg*, pp. 75 sq. la négation par M. Cuche s'appuyant sur Gény, du caractère juridique du droit naturel).

de règles immuables, sources du droit[1]. « S'il le faut, ne craignons pas de prononcer le nom de Dieu », écrivait Lavisse[2], Hauriou ne l'a pas craint. Il a résolu dans ce concept suprême le dualisme autorité-liberté, ordre social-justice, et il a pris figure de rénovateur. Son mérite est d'avoir compris que Dieu, qui est Vie, a imprimé seulement les grandes directions à son œuvre, et laissé à l'homme la latitude de découvrir et de redécouvrir sous des faits nouveaux sinon son idéal, du moins sa traduction concrète et terrestre. Si la civilisation est l'intellectualisation de l'effort et la spiritualisation des rapports sociaux, l'élaboration de l'ordre juridique et, derrière lui, de l'ordre moral seront les instruments de son progrès. Or pour aboutir à une obligation absolue et à la Source première de la Vie et donc du droit, il n'est point nécessaire de partir d'une expérience ou d'une intuition religieuses. Si la doctrine du droit naturel s'achève logiquement dans la théologie chrétienne, c'est uniquement pour satisfaire le besoin d'assouplir l'ordre juridique, de tempérer les exigences de la justice par les lois de la charité, de cet « élan d'amour » éclairé, pratique et non mystique, qui domine la conscience morale et la hausse au-dessus des remous de la « pression sociale ».

En somme, à l'opposé du normativisme panthéistique de Kelsen aux normes idéales spontanément issues du milieu social[1] et du positivisme solidariste de Duguit cherchant une règle de droit exprimée dans le sentiment général, Hauriou s'est représenté le droit comme un flot majestueux. Mais, dépassant Bergson, il a reconnu la nécessité d'en défendre le double principe actif — conscience personnelle, liberté individuelle — contre la résistance des institutions qui l'endiguent, tout d'abord, contre l'État, et de remonter au delà de l'expérience intuitive de la durée jusqu'à sa source intarissable : la Justice transcendante et vivante.

J. Lucien-Brun.

Lyon-Fourvière.

1. La morale traditionnelle, science normative, est à base de psychologie ; elle admet une explicitation de ses principes comme la théologie admet une explicitation des dogmes ; la découverte du droit dans la nature des choses peut être appelée une création. M. Bergson semble avoir exprimé ce même dualisme dans la distinction entre la justice close et la justice ouverte, entre l'obligation-forme (irréductible) et l'obligation-matière (*Les deux sources*, pp. 77, 83).

2. *Bulletin de la Ligue française*, juillet 1917, à propos du fondement de la morale.

TABLE DES MATIÈRES

CE CAHIER I DU VOLUME XII DES « ARCHIVES DE PHILOSOPHIE » A ÉTÉ ACHEVÉ D'IMPRIMER LE 10 JANVIER MCMXXXVI PAR FIRMIN-DIDOT AU MESNIL, POUR GABRIEL BEAUCHESNE ET SES FILS ÉDITEURS A PARIS